

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO
LUIZ ROSADO COSTA

**A CONSTRUÇÃO DE UMA FASE DE DIREITOS HUMANOS NA POLÍTICA
MIGRATÓRIA BRASILEIRA**

CAMPO GRANDE
2018

LUIZ ROSADO COSTA

**A CONSTRUÇÃO DE UMA FASE DE DIREITOS HUMANOS NA POLÍTICA
MIGRATÓRIA BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos Humanos, Estado e Fronteira

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Ana Paula Martins Amaral

CAMPO GRANDE
2018

Nome: Luiz Rosado Costa

Título: A construção de uma fase de direitos humanos na política migratória brasileira

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: ____/____/____

Banca Examinadora

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Ana Paula Martins Amaral

Instituição: UFMS

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.^a Dr.^a Ynes da Silva Félix

Instituição: UFMS

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. César Augusto Silva da Silva

Instituição: UFGD

Julgamento: _____ Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Para Bianca, Leonardo, Valentina e Marina, crianças que alegram nossos dias e inspiram a luta pelos direitos humanos para que quando cresçam possam encontrar o mundo pelo menos um pouquinho melhor.

AGRADECIMENTOS

À minha esposa Bruna, pelo amor, compreensão pelo tempo que a elaboração deste trabalho me tirou de sua convivência e pelo apoio: sem você, eu não teria chegado até aqui.

A meus pais, Luiz e Régia, grandes incentivadores de meus estudos desde sempre e por me terem ensinado seu valor, e a meus irmãos, que sempre me apoiaram.

À irmã Rosane Costa Rosa, mscs, que contribuiu muito para esse trabalho com suas sábias palavras, oriundas da experiência e vivência, e indicações de textos, mas sobretudo por seu exemplo de vida dedicada ao acolhimento daqueles que vivem as dificuldades das migrações. Conte sempre com minhas orações.

À minha querida orientadora prof.^a dr.^a Ana Paula Martins Amaral por toda sua dedicação, apoio confiança, amizade e ensinamentos desde que fui aluno especial da disciplina Direito Internacional e Migrações em 2016: lá começou essa pesquisa sobre migrações. Foi um grande privilégio ser seu orientando.

Aos membros da minha banca de qualificação, Professor César Augusto S. da Silva e Professora Ynes da Silva Félix, que deram contribuições essenciais para o aprimoramento e conclusão deste trabalho.

Aos companheiros do grupo de pesquisa/CNPq Fluxos Migratórios em Mato Grosso do Sul, prof.^a Isabelle, Marisa, Alex, Rosângela, Cícero, Elaine, Laura, Marco Antônio e Najah, pela troca de ideias e experiências sobre o fenômeno migratório.

Ao coronel Marcelo Vieira Goulart, exemplo de profissional e grande apoiador e incentivador para que eu arriscasse os primeiros passos no mundo da pesquisa acadêmica.

Aos amigos de Mestrado, Igor, Maurício, Adelson, Cristiane, Paola e Jaqueline, pelo companheirismo e por tornarem mais leves os problemas quando apareciam. Vocês, além dos conhecimentos, foram o grande presente que recebi por ter feito este Mestrado.

Aos acadêmicos, camaradas Lívia Cristina dos Anjos Barros e José Eduardo Melo de Souza, pelas discussões construtivas, pela parceria e por me questionarem, o que fez com que eu tivesse que questionar pensamentos que pareciam consolidados. A convivência com vocês é enriquecedora.

“Para o deserdado, a pátria é
a terra que lhe dá o pão”

Giovanni Battista Scalabrini

RESUMO

O Brasil carece em sua história de marcos legais sobre migrações elaborados na vigência de um regime democrático: as redemocratizações ocorridas com o fim do Estado Novo e da Ditadura Militar e as respectivas constituições, de 1946 e 1988, não romperam de imediato com as políticas migratórias restritivas dos regimes autoritários que as antecederam. Assim, este trabalho descritivo e exploratório, por meio dos métodos de pesquisa bibliográfica e documental, visa a verificar, a partir do *status* constitucional e legal assumido pelo estrangeiro no ordenamento jurídico nacional, de que maneira a política migratória brasileira busca se alinhar aos princípios e instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos principalmente a partir da entrada em vigor da Lei 13.445/2017, Nova Lei de Migração, que sob uma perspectiva humanizante, passou a tratar das migrações como um fenômeno globalmente integrado e no qual o Brasil se insere como país de trânsito, saída e destino. Analisa-se, por fim, o que ainda é necessário para que se consolide, juridicamente, a construção de uma fase de direitos humanos na política migratória brasileira, iniciada pela nova Lei de Migração.

Palavras-chave: Migrações Internacionais. Política Migratória. Direitos Humanos.

ABSTRACT

Brazil lacks in its History, legal frameworks on migrations made under a democratic regime: the re-democratizations that took place with the end of the “Estado Novo” (New State) and the Military regime and the respective post-constitutions of 1946 and 1988 did not immediately break up with the authoritarian migratory policies that preceded them. Thus, this descriptive and exploratory research, through bibliographical and documentary methods, aims to verify, from the constitutional and legal *status* assumed by the foreigner in the national legal order, in what way the brazilian migratory policy seeks to align itself with the principles and instruments of human rights protection, especially since the entry into force of Law No. 13,445/2017, the New Migration Law, which, from a humanizing perspective, began to treat migrations as a globally integrated phenomenon in which Brazil participates as a transit, exit and destination State. Finally, we analyze what is still legally necessary to consolidate the construction of a human rights phase in Brazilian migration policy, initiated by the New Migration Law.

Key-words: International Migration. Migratory Policy. Human Rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CEJIL	Centro pela Justiça e o Direito Internacional
CPDTM	Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das Suas Famílias
CtIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CNIg	Conselho Nacional de Imigração
DUDH	Declaração Universal de Direitos Humanos
FENAPEF	Federação Nacional de Policiais Federais
HC	<i>Habeas corpus</i>
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
OC	Opinião Consultiva
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OUA	Organização da Unidade Africana
PARLASUL	Parlamento do Mercado Comum do Sul
RN	Resolução Normativa

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	10
2 DIREITOS HUMANOS DOS MIGRANTES	13
2.1 MIGRAR: UM DIREITO HUMANO?	15
2.1.1 A interculturalidade favorecida pelos sujeitos em movimento	18
2.2 O DIREITO DE IR, VIR E RETORNAR NOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO	21
2.3 CONSEQUÊNCIAS DO NÃO RECONHECIMENTO DO <i>IUS MIGRANDI</i>	26
2.4 O SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOBRE MIGRANTES E SEUS MARCOS LEGAIS	29
2.4.1 Declaração dos direitos humanos dos indivíduos que não são nacionais do país em que residem	30
2.4.2 A Convenção internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias, de 1990	35
2.4.2.1 A tensão soberania e direitos humanos	37
2.4.3 O Brasil e a Convenção dos Trabalhadores Migrantes da ONU	39
3 A PROTEÇÃO DOS MIGRANTES NO CONTEXTO REGIONAL DO MERCOSUL E INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	42
3.1 A PROTEÇÃO AOS MIGRANTES NO SISTEMA REGIONAL AMERICANO DE DIREITOS HUMANOS	42
3.1.1 Casos decididos no exercício da função consultiva	46
3.1.2 Casos decididos no exercício da função contenciosa	50
3.1.2.1 Caso crianças Yean e Bosico vs. Rep. Dominicana	50
3.1.2.2 Caso Vélez Loor vs. Panamá	52
3.1.2.3 Caso Nadege Dorzema e outros vs. Rep. Dominicana	54
3.1.3 O papel da Corte Interamericana na proteção dos direitos humanos no contexto das migrações internacionais	56
3.2 MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS NO MERCOSUL	57
3.2.1 Declaração Sociolaboral do MERCOSUL	58
3.2.2 Acordo de Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru	60
4 A POLÍTICA MIGRATÓRIA BRASILEIRA: SUAS FASES A PARTIR DE SEUS MARCOS LEGAIS	62
4.1 FASE DA XENOFILIA EUROPEIA (1808-1930)	63
4.2 FASE DA XENOFOBIA RACISTA (1930-1969)	69

4.3 FASE DA SEGURANÇA NACIONAL (1969-2017?)	72
4.3.1 A doutrina de segurança nacional	72
4.3.2 O Estatuto do Estrangeiro e a doutrina de segurança nacional	74
4.3.2.1 A criminalização das migrações	76
4.3.2.2 Crimes próprios de estrangeiros	78
5 A POLÍTICA MIGRATÓRIA BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA E A TRANSIÇÃO PARA UMA FASE DE DIREITOS HUMANOS	80
5.1 O ESTRANGEIRO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	80
5.1.1 Direitos dos estrangeiros e seus limites na Constituição	81
5.1.2 A política migratória sob a Constituição de 1988	83
5.1.2.1 As anistias (1981-1989-1998-2009)	83
5.1.2.2 As resoluções do Conselho Nacional de Imigração	85
5.2 LEI 13.445/2017: A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO	88
5.2.1 Os vetos presidenciais	93
5.2.2 A regulamentação da Lei e o descompasso com seu objetivo humanizante	95
5.3 O QUE AINDA PRECISA SER FEITO PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA FASE DE DIREITOS HUMANOS NA POLÍTICA MIGRATÓRIA BRASILEIRA	97
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	99
REFERÊNCIAS	102

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com a globalização e as facilidades de transporte e comunicações, houve um aumento dos fluxos migratórios internacionais, mas a liberdade de movimento adquirida pelo capital não se estendeu às pessoas e estes fluxos — que em determinados momentos históricos foram bem-vindos, como para a reconstrução dos países europeus no pós-segunda guerra — passaram a ser vistos com desconfiança no atual contexto de fragmentação dos espaços públicos e perda de força, para o mercado financeiro global, dos Estados nacionais.

As migrações internacionais são uma das dimensões mais visíveis da globalização e na última metade do século XIX e início do século XX o Brasil foi o destino de milhares de imigrantes. Estes fluxos migratórios, no decorrer dos séculos XX e XXI, diminuíram, mas não cessaram, e a partir da década de 1980 o Brasil também deixou de ser apenas país de destino para se tornar país de origem. Assim, atualmente, o Brasil é país de trânsito, emigração e imigração.

Apesar de ter sido construído com auxílio de braços imigrantes, o Brasil carece em sua história de marcos legais elaborados na vigência de um regime democrático e de políticas migratórias calcadas nos direitos humanos: as redemocratizações ocorridas com o fim do Estado Novo e do Regime Militar e as respectivas constituições, de 1946 e 1988, não significaram rompimento com as políticas migratórias restritivas dos regimes autoritários que as antecederam e o principal marco legal sobre migrações — até a entrada em vigência da Lei 13.445/2017, em 21 de novembro do mesmo ano — era a Lei 6.815/1980, fundada na doutrina de segurança nacional e com uma série de institutos jurídicos incompatíveis com os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988 e com o regime internacional de proteção aos Direitos Humanos.

Embora, recentemente, se tenha avançado na humanização da política migratória, principalmente através da atuação do Conselho Nacional de Imigração (CNIg) na edição de resoluções normativas que criam categorias especiais de vistos e das sucessivas anistias concedidas pelo governo brasileiro aos imigrantes indocumentados nos anos de 1981, 1989, 1998 e 2009, estas medidas, por serem limitadas pela legislação em vigor e reativas, por não combaterem as causas da indocumentação, não foram suficientes para afinar a política migratória brasileira aos Direitos Humanos.

O Brasil precisaria, assim, avançar no sentido de construir uma política migratória compatível com a Constituição Federal de 1988 e condizente com os princípios e instrumentos

internacionais de proteção, destacando-se a Lei 13.445/2017, em vigência desde 21 de novembro de 2017, dentre as perspectivas de mudança de paradigma ao tratar as migrações como fato social a ser regulado por uma perspectiva de direitos humanos.

Busca-se nesta pesquisa, verificar, a partir do *status* constitucional e legal assumido pelo imigrante no ordenamento jurídico nacional, de que maneira a política migratória brasileira se contrapõe aos princípios e instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos e analisar quais reformas, constitucional e legislativa, ainda são necessárias para a plena compatibilização da política migratória brasileira com os Direitos Humanos a fim de que os imigrantes sejam efetivamente integrados à comunidade nacional.

Em relação a seu objeto, este trabalho delimita-se ao estudo da política migratória para imigrantes¹, assim, será analisado o regime jurídico referente apenas às migrações ao Brasil realizadas com ânimo de permanência e autônomas. Estão, pois, excluídos do campo de investigação os fronteiriços — categoria migratória que tem regime jurídico próprio por conta da peculiaridade de circular constantemente entre duas jurisdições nacionais, por residirem em um país, mas exercerem atividades da vida civil em outro, limítrofe — e as migrações não voluntárias, como as realizadas por meio do tráfico internacional de pessoas e as para busca de refúgio².

Quanto à metodologia, toma-se como base para classificação da pesquisa o critério proposto por Vergara (1998) que a qualifica quanto aos fins e quanto aos meios. Quanto aos fins, a pesquisa é descritiva e exploratória. Descritiva pois pretende expor as características das políticas migratórias brasileiras e dos marcos legais que as regularam. Exploratória porque visa a sondar se a política migratória brasileira se encontra em transição para uma fase com paradigma na mobilidade e autonomia, fundada nos Direitos Humanos.

Quanto aos meios a pesquisa é bibliográfica e documental. Bibliográfica visto que se recorrerá ao uso de textos com contribuições dos autores em estudos analíticos publicados em livros, artigos, teses e dissertações. Documental uma vez que é feito, igualmente, uso de textos sem tratamento analítico como documentos legais e acórdãos de Tribunais Superiores e Cortes Internacionais.

A pesquisa divide-se em quatro partes. Na primeira analisa-se se migrar é um direito humano (*ius migrandi*), a partir de suas bases filosóficas, e como o direito de ir, vir e retornar é tratado pelos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos. Na segunda parte

¹ Pessoa que chega a um Estado diferente do qual é nacional com o propósito de nele residir.

² Os refugiados contam com marcos legais e *status* jurídico específicos, tanto no plano interno como no, internacional.

analisam-se os instrumentos de proteção internacional aos migrantes no âmbito regional do MERCOSUL e do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Na terceira parte são apresentadas as fases da política migratória brasileira a partir de seus marcos legais de 1808 até o presente. Por fim, na quarta parte, analisa-se a política migratória brasileira contemporânea, que da redemocratização até a entrada em vigor da Lei 13.445/2017 convivia com o paradoxo da aplicação de uma política migratória restritiva — que tinha como marco legal a Lei 6.815/1980, baseada na doutrina autoritária da segurança nacional — em um contexto de Estado Democrático de Direito a partir da Constituição de 1988.

São adotados como marcos teóricos o direito de hospitalidade na concepção de Immanuel Kant como “terceiro artigo para a paz perpétua” e entendido como “o direito de um estrangeiro, por conta de sua chegada à terra de um outro, de não ser tratado hostilmente por este” (KANT, 2008, p. 20) e; o “direito a ter direitos” na concepção de Hannah Arendt (1989), como pensamentos complementares para a reflexão sobre a (in)existência de um direito humano de migrar (*ius migrandi*) e análise de suas consequências humanas.

2 DIREITOS HUMANOS DOS MIGRANTES

“Uma mesma lei e um mesmo direito haverá para vós e para o estrangeiro que peregrina convosco”.
-Números 15:16

A cidadania³, contemporaneamente, ainda está ligada à nacionalidade⁴, o que cria uma dicotomia, segundo Antonio Cassese (1993) entre os Direitos Humanos e o Direito dos Estrangeiros. No mesmo sentido, destaca Rossana Rocha Reis (2004, p. 156) que:

As políticas de nacionalidade e imigração estão intimamente ligadas. Antes de qualquer coisa, para se definir quem é o imigrante, é preciso se definir quem é o “nacional”. Além disso, o Estado tem de definir se deseja ou não que o imigrante se torne um cidadão nacional, e qual tipo de imigrante estaria nessa situação, e, ainda, quais seriam os critérios adequados para esse processo.

O imigrante/estrangeiro — sujeito a ser deportado ou expulso — fica, assim, em uma situação de vulnerabilidade se comparado com o nacional/cidadão.

Simone de Beauvoir (2016, p. 13) expõe que a alteridade é categoria fundamental do pensamento humano e, assim, pela ótica dos habitantes de um país, o estrangeiro será o *Outro*:

Nenhuma coletividade se define nunca como Uma sem colocar imediatamente a Outra diante de si [...] Para os habitantes de uma aldeia, todas as pessoas que não pertencem ao mesmo lugarejo são “outros” e suspeitos; para os habitantes de um país, os habitantes de outro país são considerados “estrangeiros”.

A identificação do estrangeiro, nesta linha, com base em sua nacionalidade, indica objetivamente um não-pertencimento:

A identificação do estrangeiro ou transnacional baseada no critério objetivo da nacionalidade acaba por tornar o indicativo com uma percepção negativa, de não pertencimento. Grosso modo, ser alguém identificado como estrangeiro para algum país é o equivalente a não ser nacional. Daí extrai-se que a percepção de “outro” na relação com o nacional do país receptor é o que

³ Cidadania é “a qualidade de cidadão relativa ao exercício das prerrogativas políticas outorgadas pela Constituição de um Estado democrático” (DINIZ, 2008, p. 652). Em conceito mais amplo, para Hannah Arendt (1989), a cidadania está relacionada ao direito a ter direitos – abordado com mais vagar no item 2.3 deste trabalho. A cidadania, assim, comporta dois traços: “é a obrigação mútua ligando o cidadão ao soberano, por meio do qual este último deve ao cidadão [...] justiça, conforto auxílio e proteção. É também um conjunto de direitos civis, sociais e sobretudo políticos [Marshall] conferidos por um estado a indivíduos” (LECA, 1995, p. 15-6).

⁴ Nacionalidade é o vínculo jurídico e político estabelecido entre um Estado e uma pessoa que decorre de seu nascimento (local de nascimento ou ascendência) e independe de manifestação de vontade; ou de procedimento de naturalização, por sua própria iniciativa.

identifica a condição de estrangeiro que se integra ao novo país para onde se dirige (CARVALHO, 2018, p. 82).

A partir dessa dicotomia, a cidadania — conquistada através de lutas históricas de forma a transformar súditos em cidadãos, tornando-se um instrumento de inclusão e garantia de direitos — acabou por se transformar, nos Estados contemporâneos, em um elemento de segregação entre os cidadãos (nacionais) e os não cidadãos (estrangeiros), conforme assinala Luigi Ferrajoli (2004, p. 117):

É preciso reconhecer que a cidadania já não é, como nas origens do Estado moderno, um fator de inclusão e igualdade. Pelo contrário, pode-se constatar que a cidadania de nossos países ricos representa o último privilégio de *status*, o último fato de exclusão e discriminação, o último resíduo pré-moderno de desigualdade pessoal em contraposição à proclamada universalidade e igualdade dos direitos fundamentais.⁵

Desta forma, a condição de estrangeiros, *per se*, dificulta a inserção dos migrantes no novo Estado de residência, onde, com frequência, enfrentam além das dificuldades econômicas e sociais, dificuldades culturais.

No contexto das migrações internacionais indocumentadas, a vulnerabilidade dos migrantes se amplia devido à dupla exclusão a que são submetidos: a primeira, social, no país de origem, onde a falta de oportunidades lhes faz migrar e; a segunda, de cidadania, no país de destino, onde vivem “sem existir” nos números oficiais.

Defrontam-se os trabalhadores migrantes e seus familiares, assim, com problemas específicos não mencionados nos tratados gerais de direitos humanos e que foram tema de preocupação e discussão no âmbito do sistema global de proteção aos direitos humanos, que culminou com a aprovação de uma Declaração, em 1985, e de uma Convenção, em 1990.

Essas questões específicas de direitos humanos no contexto das migrações também foram enfrentadas, no sistema regional americano de proteção, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua jurisdição contenciosa e consultiva e pelo MERCOSUL, que aprovou em seu âmbito instrumentos jurídicos que visam à integração social, além da econômica, por meio da circulação de pessoas pelo bloco.

⁵ Tradução livre de Es preciso reconocer que la ciudadanía ya no es, como en los orígenes del Estado moderno, un factor de inclusión y de igualdad. Por el contrario, cabe constatar que la ciudadanía de nuestros ricos países representa el último privilegio de status, el último factor de exclusión y discriminación, el último resíduo premoderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad y igualdad de los derechos fundamentales (FERRAJOLI, 2004, p. 117).

2.1 MIGRAR: UM DIREITO HUMANO?

No campo filosófico, a discussão sobre a existência e fundamentos de uma liberdade de circulação pelo globo terrestre não é recente e, embora tenha antecedentes mais remotos, foi tema de reflexão filosófica mais aprofundada com Immanuel Kant.

Em seu livro *À Paz Perpétua*, de 1795 — elaborado no contexto da Revolução Francesa e publicado no ano de assinatura da Paz de Basileia entre a Prússia e a França revolucionária — Kant formulou três condições, que ele chama “artigos”, segundo ele necessários, para uma paz perene entre os Estados: a constituição civil de todo Estado deverá ser republicana; o direito das nações deve estar fundado em uma federação de Estados livres e; por fim, o direito cosmopolita deve ser limitado às condições da hospitalidade universal (KANT, 2008).

O terceiro artigo, ao contrário dos dois primeiros, foi formulado com um caráter de limitação: “o direito cosmopolita *limita-se* ao direito de hospitalidade, não podendo ser mais do que isso” (NOUR, 2003, p. 22, destaque no original), isto é, o direito cosmopolita opõe-se a um direito de conquista sobre o território de outro povo.

Neste contexto, Kant defende que há um direito de hospitalidade, entendido como “o direito de um estrangeiro, por conta de sua chegada à terra de um outro, de não ser tratado hostilmente por este” (KANT, 2008, p. 20).

Esse direito cosmopolita (*ius cosmopolitanum*) seria, para o filósofo, o conjunto de leis que regulam as relações dos Estados com os cidadãos de outros Estados enquanto estes são considerados como cidadãos do mundo e foi abordado, anteriormente, em seu opúsculo *Ideia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*, de 1784, onde ele destacou que:

Após muitas revoluções transformadoras, virá por fim a realizar-se o que a Natureza apresenta como propósito supremo: um estado de *cidadania mundial* como o seio em que se desenvolverão todas as disposições originárias do género humano” (KANT, 1992, p. 34, destaque no original).

Observa-se que a ideia de um *ius cosmopolitanum* e a existência de uma cidadania mundial, reconhecida pela comunidade internacional como um todo, antecipa a ideia de internacionalização dos direitos humanos:

O ensaio de Kant “*À paz perpétua*” foi um divisor de águas entre duas concepções de soberania e abriu caminho para a transição da primeira para a

segunda que podemos nomear “soberania westfaliana” e “soberania internacional liberal” (BENHABIB, 2009, p. 40, tradução nossa)⁶.

Ao expandir à sociedade internacional, por analogia, o processo contratualista de formação do Estado, Kant distingue-se, no seu projeto pacifista, em relação aos filósofos que o antecederam, como Thomas Hobbes (CAPUA, 1998), *i.e.*, ele estendeu o conceito de contrato social do âmbito das relações entre indivíduos para o âmbito das relações entre Estados soberanos.

Os homens seriam, no direito cosmopolita, considerados cidadãos de um Estado universal de homens (*eines allgemeinen Menschens Taats*):

Este direito, estabelecido por Kant como a coroação do direito internacional, não regula as relações entre o Estado e seus súditos (como o direito público doméstico ou o direito constitucional) e menos ainda as relações do Estado com outros Estados (assim como o direito público externo ou internacional), mas as relações de cada Estado individual com os cidadãos dos outros Estados⁷ (CAPUA, 1998, p.38, tradução nossa).

A fundamentação do direito cosmopolita reside, para Kant, na superfície esférica e, destarte, limitada da Terra, o que torna inevitável o contato entre indivíduos e Estados. Além desse fundamento físico-geográfico, o direito cosmopolita fundamenta-se no direito originário comum à superfície terrestre, *i.e.*, ninguém originalmente teria mais direito que outrem a estar num determinado lugar do planeta:

Portanto, já que os indivíduos necessariamente se encontram com outros indivíduos, mesmo pertencentes a Estados diferentes, e tendo todos originariamente o mesmo direito à ocupação do solo, os homens deveriam buscar uma garantia jurídica “peremptória” de sua segurança no plano mundial. Em outros termos, o direito cosmopolita deveria conferir aos indivíduos de todo o mundo uma qualificação jurídica que o submetesse a uma autoridade diversa e superior relativamente à do Estado em que vivem (MORI, 2012, p. 148).

Kant destaca que o direito de não ser tratado de forma hostil quando se chega a um território ou país que não seja o seu (hospitalidade) não se trata de filantropia, mas de direito:

⁶ Tradução livre de: “Kant’s ‘Perpetual Peace’ essay signaled a watershed between two conceptions of Sovereignty and paved the way for the transition from the first to the second. We can name these “Westphalian sovereignty” and “liberal international sovereignty” (BENHABIB, 2009, p. 40).

⁷ Tradução livre de: “tale diritto, posto da Kant a coronamento del diritto internazionale, non regola i rapporti fra lo Stato e i suoi sudditi (come fa il diritto pubblico interno, o diritto costituzionale) e tantomeno i rapporti dello Stato con gli altri Stati (come fa il diritto pubblico esterno, o diritto internazionale), bensì i rapporti di ogni singolo Stato con i cittadini degli altri Stati)” (CAPUA, 1998, p. 38).

O contexto de seu “direito de hospitalidade” foi, naturalmente, muito diferente do movimento massivo de pessoas que molda nossas preocupações contemporâneas sobre os direitos dos solicitantes de asilo, refugiados e “migrantes econômicos”. Seu uso da perspectiva cosmopolita para fundamentar o “direito dos estrangeiros” pode, no entanto, lembrar-nos que as questões desafiadoras levantadas pelos visitantes não convidados vão além das considerações de compaixão, ou o que Kant chamou de “filantropia”⁸ (LLOYD, 2009, p. 214, tradução nossa).

O cosmopolitismo (*ius cosmopolitanum*) proposto pelo filósofo de Königsberg, como ele mesmo destacou, “não é nenhuma representação fantástica e extravagante do direito, mas um complemento necessário de código não escrito, tanto do direito político como do direito das gentes, num direito público da humanidade em geral” (KANT, 1992, p. 22), mas um ideal de que a humanidade começou a se aproximar por meio do fortalecimento dos direitos humanos e sua reconstrução, iniciada no pós-Segunda Guerra Mundial.

Kant é produto de seu tempo (século XVIII) e seu pensamento cosmopolita ainda se espelha no sistema de *Westphalia*, assim Jürgen Habermas, 200 anos depois da publicação de *À paz perpétua*, não propõe sua superação, mas sua atualização à realidade global contemporânea, conectando-o aos direitos humanos:

A reformulação da idéia kantiana de uma pacificação cosmopolita da condição natural entre os Estados, quando adequada aos tempos de hoje, inspira por um lado esforços enérgicos em favor da reforma das Nações Unidas e de modo geral a atuação das forças capazes de atuar em nível supranacional em diferentes regiões do planeta. Trata-se aí de uma melhora da circunstância institucional de uma política de direitos humanos (HABERMAS, 2004, p. 217-8).

Trata-se de meta a ser buscada pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos e que deve nortear a sua formulação. Destaca Norberto Bobbio (2004, p. 60) a importância e atualidade do pensamento kantiano ao asseverar que:

É fato hoje inquestionável que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, colocou as premissas para transformar também os indivíduos singulares, e não mais apenas os Estados, em sujeitos jurídicos do direito internacional, tendo assim, por conseguinte, iniciado a

⁸ Tradução livre de “The context of his ‘right’ to ‘hospitality’ was of course very different from the mass movement of peoples that frames our contemporary concerns with the rights of asylum seekers, refugees and “economic migrants”. His use of the cosmopolitan perspective to ground the “rights of strangers” can nonetheless remind us that the challenging issues thrown up by the uninvited visitors go beyond considerations of compassion, or what Kant called “philanthropy” (LLOYD, 2009, p. 214).

passagem para uma nova fase do direito internacional, a que torna esse direito não apenas o direito de todas as gentes, mas o direito de todos os indivíduos. Essa nova fase do direito internacional não poderia ser chamada, em nome de Kant, de direito cosmopolita?

De igual forma e no mesmo contexto, a ideia kantiana de um direito internacional fundado em uma federação de Estados livres foi esboçada em 1919 com a formação da Liga das Nações e começou a ganhar forma e força a partir da criação da Organização das Nações Unidas, em 1948, o que demonstra que seu pensamento, mais que utopia, torna-se paradigma para a reconstrução dos direitos humanos, iniciada a partir do pós-Segunda Guerra.

2.1.1 A interculturalidade favorecida pelos sujeitos em movimento

As migrações proporcionam encontros entre sujeitos e grupos portadores de diferentes culturas, mas com a situação clandestina na qual os indocumentados permanecem haverá, no máximo, um multiculturalismo caracterizado pela convivência subalterna de culturas sem trocas e diálogos.

O imigrante continua, assim, incógnito, como um “estranho” de hábitos desconhecidos, o que favorece que sejam direcionados a eles o medo, angústia e a responsabilidade por problemas estruturais: “aproveita-se a ideologia do medo e da insegurança, culpando um outro, comumente o de pele escura e ‘hábitos estranhos’ por problemas que atingem a todos, não ricos, por limites estruturais do modelo político econômico” (CASTRO, 2008, p. 70-1).

Há instrumentos jurídicos que reconhecem direitos humanos aos imigrantes — o principal deles a Convenção da ONU de 1990 sobre a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias —, decorrentes do processo de multiplicação de direitos humanos que considera, segundo Bobbio (2004, p. 33), o homem não mais genericamente, mas visto em sua especificidade. Esses direitos esbarram, todavia, na “vontade” dos Estados e na sua soberania para decidir quem pode ou não ingressar, permanecer (e usufruir de direitos) em seus territórios.

Neste contexto, as migrações colocam em evidência a colisão entre o direito de migrar, previsto no art. 13 da Declaração Universal de Direitos Humanos, e o direito ao autogoverno de uma comunidade política, previsto no art. 21 da mesma declaração. Expõem ainda o paradoxo dos direitos humanos que deveriam ser condicionados unicamente à condição

humana, mas que dependem da regularidade da condição migratória, na prática, para serem reconhecidos em sua plenitude.

A indocumentação nega o acesso a direitos há muito assegurados como a liberdade de locomoção, unidade familiar e direitos sociais básicos. Condiciona-se, assim, a titularidade de direitos à cidadania e à regularidade migratória, criando-se, para eles, uma zona de sub-humanidade.

Boaventura de Sousa Santos (2014) explicita que:

Com o neoliberalismo e o seu ataque ao Estado como garante dos direitos, em especial os direitos econômicos e sociais, a comunidade dos cidadãos dilui-se ao ponto de se tornar indistinguível da comunidade humana e dos direitos de cidadania, tão trivializados como direitos humanos [...] Neste processo, os imigrantes, em especial os trabalhadores migrantes indocumentados, descem ainda mais abaixo para a “comunidade” dos sub-humanos.

Como alternativa ao impasse entre o reconhecimento legal e a condição humana, Rita Laura Segato (2006, p. 207) propõe considerar a dimensão ética da existência humana como algo distinto da moral e da lei moderna:

Nessa concepção, o impulso ou desejo ético é visto como motor e fundamento dos direitos humanos em seu constante processo de expansão – e a marca definidora de tal impulso é a disponibilidade para a interpelação pelo outro. Para isso, muitos setores já demandam uma antropologia capaz de cumprir um novo papel e de colaborar no complicado processo de expansão do direito e de articulação entre horizontes culturais particulares e uma jurisdição que se confunde com a própria humanidade.

Essa ética propõe o reconhecimento do outro como um interlocutor de um diálogo transcultural, construindo-se um “multiculturalismo progressista” através da hermenêutica diatópica proposta por Boaventura de Sousa Santos (1997). Dessa forma, as fronteiras artificiais dos Estados estariam a serviço da cidadania e dos direitos humanos de mobilidade, de toda pessoa, qualquer que seja o motivo.

Hannah Arendt (2008) destaca em *A condição humana* que a subjetividade da esfera privada oferece apenas um prolongamento das perspectivas individuais e, assim, priva os homens de serem vistos e ouvidos pelos outros e de vê-los e ouvi-los, o que impossibilita uma compreensão fidedigna da realidade global e neste sentido reside a importância do contato com a alteridade:

Ser visto e ouvido por outros é importante pelo fato de que todos vêm e ouvem de ângulos diferentes. É este o significado da vida pública, em comparação com a qual até mesmo a mais fecunda e satisfatória vida familiar pode oferecer somente prolongamento ou a multiplicação de cada indivíduo, com os seus respectivos aspectos e perspectivas [...] mas esse “mundo” familiar jamais pode substituir a realidade resultante da soma total de aspectos apresentados por um objeto a uma multidão de espectadores. **Somente quando as coisas podem ser vistas por muitas pessoas numa variedade de aspectos [...] pode a realidade do mundo manifestar-se de maneira real e fidedigna.** (Arendt, 2008, p. 67, destaque nosso)

Como ressaltado, as migrações rompem o isolamento entre as culturas e propiciam o contato com a alteridade, possibilitando o diálogo entre povos que, através da hermenêutica diatópica, possibilitará a construção de uma concepção multicultural dos direitos humanos.

A hermenêutica diatópica baseia-se na concepção de que os *topoi* (lugares) de uma cultura são incompletos tal como a própria cultura a que pertencem, e essa incompletude é invisível do interior dessa cultura:

O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude — um objetivo inatingível — mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside o seu caráter diatópico (SANTOS, 1997, p. 116).

Boaventura de Sousa Santos, ao tratar da hermenêutica diatópica, frisou que “a humanidade necessita estabelecer uma globalização contra hegemônica entre os povos, por intermédio de um cosmopolitismo de relação (cosmopolitismo de insurgência, emancipatório)” (HOFFMEISTER; WOLF, 2016), propondo que o valor do ser humano venha antes dos interesses de Estados ou de conglomerados capitalistas.

Para a efetivação dos direitos humanos do migrante é necessária a aproximação intercultural e o diálogo entre culturas, mas para que eles possam ocorrer, é necessário que o *ius migrandi* seja reconhecido como direito humano: a consequência mais visível de seu não-reconhecimento são os migrantes indocumentados que permanecem clandestinos, estranhos à cultura local, e as trocas culturais quando ocorrem não são realizadas de forma igualitária (simétrica): o imigrante sempre estará em posição inferiorizada/subalterna.

Sousa Santos (2003, p. 28) ainda destaca que “a exclusão é sempre produto de relações de poder desiguais, que o mesmo é dizer, de trocas desiguais”. Por isso a proposta de uma relação de valorização da *alteridade*, ver o outro como sujeito e com direito a relações igualitárias.

O *ius migrandi*, assim, permite que os direitos humanos possam exercer uma função contra hegemônica na medida em que visam a transformar as trocas desiguais decorrentes da (ir)regularidade migratória, em trocas interculturais.

O reconhecimento e aceitação do outro é essencial para o projeto cosmopolita de direitos humanos e a hermenêutica diatópica apresenta-se como instrumento de efetivação dos direitos humanos dos migrantes e como “antídoto” teórico-metodológico à globalização excludente e a chancela pela comunidade internacional do *ius migrandi* é o que possibilitará o contato com a alteridade de forma igualitária, sem que o outro se encontre em situação de inferioridade, *i.e.*, na “zona de sub-humanidade” em decorrência da irregularidade de seu *status* migratório.

A cidadania, como ressaltado, ainda está relacionada à nacionalidade, mas em razão do princípio de respeito à dignidade da pessoa humana e dos instrumentos internacionais de proteção de Direitos Humanos, toda pessoa deve ter seus direitos respeitados pelo simples fato de pertencer à humanidade, independentemente de qualquer outra circunstância. Assim os Estados, a partir da vigência do sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos, embora possam no exercício da soberania fixar suas políticas migratórias, não poderiam condicionar à regularidade migratória o gozo de Direitos Humanos fundamentais.

Conforme será demonstrado a seguir o direito de migrar é previsto nos principais instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, mas ainda enseja luta por seu reconhecimento no plano fático, além do jurídico-positivo.

2.2 O DIREITO DE IR, VIR E RETORNAR NOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO

O direito de livre circulação pelo planeta encerra antinomia em torno de duas concepções contraditórias: “a do direito à autodeterminação pessoal; e a do direito à autonomia do Estado no controle de suas fronteiras” (CAVARZERE, 1995, p. 38).

O primeiro encontra seu fundamento na liberdade do indivíduo e na própria necessidade de comunicação e do comércio internacional e o segundo fundamenta-se na soberania e na prática internacional já consagrada (MELLO, 1992, p. 768).

Essa tensão de princípios encontra-se presente na Declaração Universal de Direitos Humanos que em seu art. 13 reconhece o direito de cruzar fronteiras, ao mesmo tempo em que reconhece, em seu art. 21, o direito de autogoverno de uma comunidade política (GODOY, 2006, p. 16).

Estabelece o artigo 13 da DUDH:

1. Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado.
2. Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país (ONU, 1948).

A partir do texto da Declaração, que “consagra o *ius communicationis*⁹ no seu art. 13, inciso 2º” (MELLO, 1992, p. 768), o direito de livre circulação fez-se presente nos principais instrumentos internacionais de Direitos Humanos, como: art. 12 do Pacto de Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966), art. 8º da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (OEA, 1948), art. 22 da Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA, 1969) e art. 12.2 da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (OUA, 1981) e art. 2º do Protocolo nº 4 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (CONSELHO DA EUROPA, 1968).

O *ius migrandi* — além de encontrar suporte no direito positivo, no art. 13 da DUDH e nos diversos instrumentos internacionais de *hard law* que nele se inspiraram, mencionados acima — tem igualmente fundamentos assentados no direito natural¹⁰.

Neste sentido, Scalabrini (2010, p. 110-1) destaca que não é inerente apenas ao ser humano, mas à própria Natureza, como um todo, o ato de migrar por melhores condições de vida/desenvolvimento:

A emigração é uma lei da natureza. Tanto o mundo físico como o mundo humano estão sujeitos a essa força misteriosa que move e associa os elementos vitais sem os destruir, que transporta organismos nascidos em um determinado local e semeia-os pelo espaço, transformando-o e aperfeiçoando-os [...] Migram as sementes nas asas dos ventos, migram as plantas de continente a continente, levadas pelas correntes das águas, migram os pássaros e os animais e, mais que todos, migra o homem, ora em forma coletiva, ora em forma isolada [...] A emigração é um direito natural inalienável; uma válvula de segurança social que restabelece o equilíbrio entre a riqueza de um país e o trabalho produtivo de um povo.

⁹ Trata-se do direito de comunicação (*communicationis*) com outros povos que, na perspectiva de Francisco de Vitoria (1483-1452), seria um direito ligado à inclinação humana de fazer contatos e trocar vivências e experiências com outras pessoas e povos.

¹⁰ “Essa doutrina sustenta que há um ordenamento das relações humanas diferente do Direito positivo, mais elevado e absolutamente válido e justo, pois emana da natureza” (KELSEN, 1998, p. 12).

Há, além dos fundamentos filosóficos, outros fundamentos jurídicos que justificam o direito de livre circulação. Alan Dowty relaciona esse direito à autodeterminação pessoal, *i.e.*, o direito de um indivíduo escolher continuar vinculado ao pacto social com seu Estado ou não:

A escolha da sociedade ou, mais propriamente, a cidadania nacional, é a escolha social e política mais básica que podemos fazer. A maioria de nós, normalmente, permanece ligada à cultura e nação em que nascemos. No entanto, também sentimos que devemos ser capazes de escolher o contrário, caso nossas inclinações pessoais assim nos movam¹¹ (DOWTY, 1987, p. 4-5).

Ángel Chueca Sancho (2007) relaciona o *ius migrandi* ao direito ao desenvolvimento humano, proclamado no art. 22 da DUDH, e o desdobra em seis outros direitos básicos: 1) liberdade de movimento; 2) liberdade de residência; 3) direito de saída do próprio país, que supõe que qualquer pessoa pode circular de forma voluntária e livre por todo o planeta; 4) direito de entrada em outro país (direito de imigrar); 5) direito a não emigrar, que implica que os Estados de origem devem garantir condições de vida dignas que evitem o êxodo massivo de populações e; 6) direito de retorno. Se uma pessoa se encontra no estrangeiro, seu Estado deve admitir seu retorno.

O debate sobre a existência de um *ius migrandi* não se centra hoje, todavia, em sua fundamentação, mas na interpretação que se faz, na prática internacional, do artigo 13 da DUDH.

Da interpretação do art. 13 da Declaração Universal, cujo texto inspirou os demais instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos mencionados, Jesús Lima Torrado (2016) extraiu as seguintes ideias: a) os quatro critérios de interpretação jurídica formulados por Savigny permitem afirmar que o *ius migrandi* é, sem dúvida, um direito humano; b) a interpretação sistemática determina a necessidade de se interpretar o art. 13 em conjunto com o art. 14 (direito de asilo) e art. 22 (direitos econômicos, sociais e culturais), o que leva à mesma afirmação de que se trata de um direito humano; c) a necessidade de que a interpretação jurídica respeite os fundamentos dos direitos humanos leva a ter que reconhecer o *ius migrandi* como direito humano; d) a interpretação do art. 13, como de todo direito fundamental deve considerar a sua significação mais extensa, o que tem por fundamento a natureza expansiva dos direitos humanos (princípio da eficiência previsto no art. 5º, §1º, da

¹¹ Tradução livre de: “The choice of societal membership, or, more properly, national citizenship, is the most basic social and political choice we can make. Most of us by default, remaining bound to the culture and nation into which we were born. Yet we also feel that we *ought* to be able to choose otherwise, should personal inclinations so move us” (DOWTY, 1987, 4-5).

CF88); e) a interpretação do art. 13 deve levar em conta o princípio *in dubio pro libertate*, segundo o qual, em caso de dúvida, haverá que se estar a favor sempre do sentido mais favorável à existência e garantia de um direito fundamental.

Embora seja decorrência lógica do direito de saída de um Estado, o direito de ingresso em outro, não há o reconhecimento da existência de um *ius migrandi* pela comunidade internacional.

Segundo Jesús Lima Torrado (2016, p. 117): “la regulación del *ius migrandi* dista hoy mucho de ser satisfactoria pues se mueve – aún hoy – en la imprecisa tensión entre la soberanía del Estado y la dignidad humana”.

Parte da doutrina fundamenta a prática internacional restritiva à liberdade de imigrar e defende que do art. 13 da DUDH não é possível extrair um *ius migrandi* (que pressupõe a entrada em outro Estado), mas apenas o direito de saída de um país. Neste sentido, Valdueza Blanco (2008, p. 53) sustenta que:

O direito de sair surge em um contexto histórico específico em que a prática de alguns Estados, geralmente de natureza autoritária, negou vistos de saída ou concessão de passaportes, por motivos políticos, sendo esta a negação do direito de deixar o país uma espécie de sanção. No entanto, não se esboçou na Declaração o seu oposto, isto é, não existe obrigação de acolhida por parte dos países receptores, com exceção [...] do direito de refúgio e asilo. Deste modo, os Estados gozam de uma ampla discricionariedade no desenho de suas políticas migratórias. (BLANCO, 2008, p. 53)¹².

No mesmo sentido, para Carrillo Salcedo (2013, p. 287), o Estado tem uma potestade superior que lhe confere o direito de determinar quem pode entrar em seu território, de tal maneira que, salvo se o Estado tenha aceito por tratados internacionais ou assim permita, não há um direito a que se escolha onde se quer viver.

Para Guofu Liu (2007, p. 72, destaque nosso), em estudo sobre a abertura da política migratória chinesa a partir da aceitação da economia de mercado, o direito de saída não pode ser limitado pelos Estados, mas isso não significa que exista o direito de entrada em outro Estado ou a garantia de retorno, salvo para o Estado de que se é nacional:

¹² Tradução livre de: “El derecho a salir surge en un contexto histórico determinado en el que la práctica de algunos Estados, normalmente de corte autoritario, negaban los visados de salida o la concesión de pasaportes, por motivos políticos, siendo esta negación de derecho de salir del país una especie de sanción. Sin embargo, no se ha dibujado en dicha Declaración la cara opuesta, esto es, no existe obligación de acogida por parte de los países receptores, con la excepción [...] del derecho e refugio y asilo. Por lo tanto los Estados gozan de una amplia discrecionalidad en el diseño de sus políticas migratorias” (BLANCO, 2008, p. 53).

Os Estados devem efetivar o direito de saída por meio da promulgação de legislação ou por outros meios. Condições não podem ser impostas ao direito, como sustentar que o direito deve ser usado para uma finalidade prescrita, limitar o destino de indivíduos ou limitar o período de tempo que uma pessoa pode permanecer no exterior. **No entanto, o direito de sair de um país não significa que uma pessoa tenha o direito de entrar em outro, nem garante o direito de retorno a um país que não seja o seu Estado nacional**¹³.

Sem o reconhecimento do *ius migrandi*, todavia, o art. 13 da DUDH carece de eficácia: não é possível, na atual configuração geopolítica da Terra, que se saia de um Estado sem que automaticamente, com isso, se entre no território de outro¹⁴, *i.e.*, os movimentos migratórios, necessariamente envolvem um local de origem e um de destino (CAMPOS, 2017) e uma pessoa será ao mesmo tempo emigrante e imigrante, a depender do Estado que se tome como referência (de origem ou destino).

Continua na esfera da soberania dos Estados a liberdade de decidir quem pode entrar e permanecer em seus territórios, ou quais imigrantes serão oficialmente aceitos e documentados e quais serão os rejeitados e indocumentados que nele poderão permanecer apenas de forma clandestina. Vedovato (2013, p. 19), todavia, ressalta que “a liberdade total do Estado para definir quem entra no seu território desapareceu com o surgimento dos tratados de direitos humanos”. Ou seja, os Estados estão inseridos em um contexto de tratados internacionais, aos quais necessariamente deve reportar-se e que chamamos de sistema internacional de proteção aos direitos humanos.

Assim, no exercício de sua soberania e liberdade de controlar suas fronteiras, os Estados podem conceder tratamento diferente aos migrantes em situação irregular — o direito de circular livremente dentro de um Estado e nele residir, por exemplo, reconhecido no Pacto de Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966), em seu art. 12, item 1 é assegurado apenas às pessoas que se encontram legalmente em seu território¹⁵ —, mas não podem agir de forma

¹³ Tradução livre de: States should give effect to the right to leave by enacting legislation or by other means. Conditions cannot be imposed on the right, such as insisting that the right is used for a prescribed purpose, limiting the destination of individuals, or limiting the period of time that a person may remain overseas. **However, the right to leave one country does not mean that a person has the right to enter another, nor does it guarantee the right of return to a country other than the national State.** (Liu (2007, p. 72, destaque nosso).

¹⁴ Neste sentido Martín (2006) destaca que se não existir o direito de imigrar, a liberdade de circulação se torna um direito de estar em órbita ou em espera.

¹⁵ Outro exemplo é o Protocolo nº 7 à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais que prevê que “Um estrangeiro que **resida legalmente** no território de um Estado não pode ser expulso, a não ser em cumprimento de uma decisão tomada em conformidade com a lei” (CONSELHO DA EUROPA, 1984, destaque nosso).

discriminatória em relação ao gozo e proteção dos Direitos Humanos e trabalhistas do migrante no local de destino. Isto porque os poderes do Estado para fixar sua política migratória estão limitados por suas obrigações de proteção aos Direitos Humanos, que não dependem do vínculo de nacionalidade, regularidade migratória ou qualquer outra circunstância.

A Constituição de 1988 aborda o tema da circulação internacional de pessoas em seu art. 5º, XV, quando dispõe que: “XV - é 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” (BRASIL, 1988).

Observa-se que o texto constitucional reconhece o *ius migrandi* como norma de direito fundamental de eficácia contida, *i.e.*, reconheceu a liberdade de se imigrar para o Brasil (entrar, permanecer) e dele emigrar (sair), mas com as restrições impostas pela lei, que não poderão ser desproporcionais — como era na vigência do *Estatuto do Estrangeiro* que, por meio de suas excessivas restrições, dificultava sobremaneira a imigração regular.

Neste sentido, Sarlet (2015) aponta que: “mesmo quando o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos restringidos”.

Por inserir em seu rol de direitos fundamentais o direito de livre circulação internacional e como princípios a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) e a integração dos povos da América Latina (art. 4º, p.u.), a Constituição de 1988 apresenta um texto aberto a um direito cosmopolita (*ius cosmopolitanum*), mas que precisa ser transportado para a prática constitucional.

2.3 CONSEQUÊNCIAS DO NÃO RECONHECIMENTO DO *IUS MIGRANDI*: MIGRANTES INDOCUMENTADOS E A AUSÊNCIA DE “DIREITO A TER DIREITOS”

A principal consequência humana do não reconhecimento do *ius migrandi* na prática internacional, apesar de ele ser dedutível da DUDH, são as migrações indocumentadas. Parte-se, para analisá-las, das reflexões desenvolvidas por Hannah Arendt a partir das experiências totalitárias do século XX e de sua crítica aos direitos humanos.

A filósofa alemã, na condição de judia foi vítima do nazismo e passou pelas condições de refugiada e apátrida (até se tornar cidadã dos Estados Unidos em 1951), tendo integrado as populações que analisou em seu *As origens do totalitarismo* — escrito entre 1945 e 1949 e lançado em 1951 — para expor o paradoxo dos direitos humanos, decorrente do fato de os

direitos, embora serem decorrentes do simples pertencimento à humanidade, não são aplicados quando as pessoas estão destituídas de cidadania.

Essa sua crítica aos direitos humanos, a partir da exclusão do indivíduo da sua comunidade política, não nega os direitos humanos, mas demonstra a necessidade de sua reconstrução: “Arendt não é contrária aos direitos humanos, o que ela faz é um diagnóstico de sua falta de efetividade na modernidade” (TORRES, 2013, p. 121).

Hannah Arendt expõe o paradoxo dos direitos humanos, que embora sejam natos, decorrentes da condição humana, não foram/são aplicados quando as pessoas estavam/estão destituídas de cidadania. Assim, ela propõe que os direitos humanos sejam repensados como um “direito a ter direitos” (ARENDR, 1989):

Ela argumenta que esse direito não pode ser acomodado nos marcos legais de direito internacional que se centram no acordo entre Estados soberanos. Mais amplamente entendido, essa formulação denota o direito de pertencer a uma comunidade política ou de viver em uma estrutura na qual a ação, discurso e opinião de alguém sejam levados em conta (GÜNDOĞDU, 2015, p. 22, tradução nossa)¹⁶.

O direito a ter direitos deveria ser garantido pela condição humana, mas o direito internacional ainda funciona com base em acordos e tratados entre Estados soberanos sem que haja uma esfera superior à nações (ARENDR, 1989):

Para Hannah Arendt a condição essencial para o reconhecimento de um ser humano como sujeito de direito, no sistema do Direito Internacional de Direitos Humanos, deixa de ser o seu vínculo jurídico com determinado Estado ou seu *status* jurídico de cidadão e passa a ser sua existência como pessoa humana, seja homem, mulher ou criança (AMARAL; GUTIERREZ, 2011, p. 38)

Destarte, a partir de sua observação da situação dos refugiados e apátridas, privados de sua personalidade jurídica propiciada pela nacionalidade, Arendt pôde constatar que a humanidade não basta para a proteção dos direitos sem que haja uma comunidade capaz de garanti-los.

Apesar das diferenças entre as populações tratadas por Arendt em seu estudo — migrantes forçados e apátridas — e os migrantes indocumentados que voluntariamente se

¹⁶ Tradução livre de: “She argues that this right cannot be accommodated within the framework of international law that centers the agreement among sovereign states. More broadly understood, this formulation denotes a right to belong to a political community or to live in a framework where one’s action, speech, and opinion count” (GÜNDOĞDU, 2015, p. 22).

arriscam em busca de novas oportunidades e possuem uma nacionalidade formal, suas críticas aos direitos humanos são também aplicáveis a esse contexto migratório (RAMJI-NOGALES, 2015).

Ter uma nacionalidade é o traço distintivo entre os apátridas, que não a têm, e os migrantes indocumentados e que confere, a estes últimos, proteção diplomática e um lugar para o qual poderão retornar — em decorrência das obrigações do Estado em relação a seus nacionais —, embora não lhes assegure proteção e gozo de direitos, *per si*, no território de outro Estado.

Hannah Arendt (1989, p.331) expôs o paradoxo da necessidade de pertencimento a uma comunidade nacional como condição para o gozo de direitos:

A calamidade que se vem abatendo sobre um número cada vez maior de pessoas não é a perda de direitos específicos, mas a perda de uma comunidade disposta e capaz de garantir quaisquer direitos. O homem pode perder todos os chamados Direitos do Homem sem perder a sua qualidade essencial de homem, sua dignidade humana. Só a perda da própria comunidade é que o expulsa da humanidade.

O indocumentado não é, como o apátrida, privado de sua comunidade, mas esta não é capaz de garantir direitos fora do território sobre o qual exerce sua soberania: “os indocumentados não são tecnicamente apátridas, mas eles ficam em um limbo legal que remete à apatridia”¹⁷ (RAMJI-NOGALES, 2015, p. 1045, tradução nossa).

Como destacou Antônio Augusto Cançado Trindade em voto na Corte Interamericana de Direitos Humanos (OEA, 2014, p. 242), “hoje em dia, aos apátridas *de jure* se somam os apátridas *de facto*, *i.e.*, os incapazes de demonstrar sua nacionalidade, e os desprovidos de uma nacionalidade efetiva (para os efeitos de proteção) ”.

A indocumentação nega acesso a direitos há muito assegurados em instrumentos internacionais como a liberdade de locomoção, unidade familiar e direitos sociais básicos como acesso a educação e saúde, mas a prática dos Estados, no exercício da soberania, condiciona o exercício desses direitos à cidadania e regularidade migratória. É negado, assim, ao indocumentado o direito a ter direitos por não possuírem uma cidadania *de facto*. Em outras palavras, ele tem uma cidadania (nacionalidade), decorrente do Estado de que é nacional, mas esta não lhe é aplicável no território do Estado no qual se encontra, salvo para determinar o destino de sua expulsão ou deportação.

¹⁷ Tradução livre de: “while undocumented migrants are not technically stateless, they exist in a legal limbo that recalls statelessness” (RAMJI-NOGALES, 2015, p. 1045).

As ideias de Kant e Arendt comunicam-se no sentido de que ele prevê a necessidade de um *ius cosmopolitanum*, que reconheça as pessoas como cidadãos do mundo e não de um ou outro Estado, como condição para que se chegue à paz perpétua e pontua que “o maior problema do género humano, a cuja solução a Natureza o força, é a consecução de uma sociedade civil que administre o direito em geral” (KANT, 1992, p. 27) e ela demonstra, por meio de sua crítica aos direitos humanos e o conceito de “direito a ter direitos”, as consequências da ausência de uma cidadania universal, capaz de garantir o gozo de direitos apenas pela condição humana, independentemente da nacionalidade.

Em síntese, Kant apresenta o dever ser (*Sollen*) dos direitos humanos, que deveria ser cosmopolita, e Arendt apresenta o seu ser (*Sein*) ao indicar as consequências da limitação dos direitos humanos à cidadania atribuída pela soberania dos Estados e não à uma cidadania universal.

2.4 O SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOBRE MIGRANTES E SEUS MARCOS LEGAIS

As peculiaridades enfrentadas pelos trabalhadores migrantes e seus familiares que se deslocam pelo globo foram enfrentadas pela primeira vez, no âmbito internacional, pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), já em 1925 por meio da Convenção nº 19, que dispõe sobre a igualdade de tratamento dos trabalhadores estrangeiros e nacionais em matéria de indenização por acidente de trabalho¹⁸.

À Convenção nº 19 seguiu-se a Convenção nº 97, de 1939 (e revisada em 1949), que trata sobre os “Trabalhadores Migrantes”¹⁹. Essa Convenção regulamenta apenas a migração regular e “assegura a migração como meio para potenciar o emprego irrestrito em nível mundial, colaborando para diminuir o déficit internacional entre a oferta e a demanda de empregos²⁰” (LOPES, 2013, p. 48, tradução nossa).

Em 1964, foi aprovada a Convenção nº 118 sobre Igualdade de Tratamento dos Nacionais e Não-Nacionais em matéria de Previdência Social²¹.

¹⁸ A Convenção nº 19 foi ratificada pelo Brasil apenas em 25 de abril de 1957 e promulgada pelo Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957.

¹⁹ A Convenção nº 97 foi ratificada pelo Brasil em 18 de junho de 1965 e promulgada pelo Decreto nº 58.819, de 14 de julho de 1966.

²⁰ Tradução livre de: “asegura la inmigración como um médio para potenciar el empleo irrestricto a nivel mundial, colaborando para disminuir el déficit internacional entre la oferta y la demanda de empleos” (LOPES, 2013, p. 48).

²¹ O Brasil ratificou a Convenção nº 118 em 24 de março de 1968 e a promulgou pelo Decreto nº 66.467, de 27 de abril de 1970.

Por fim, em 1975 foi aprovada a Convenção nº 143 sobre Migrações em Condições Abusivas e Promoção de Igualdade de Oportunidade de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes. Essa Convenção não pretendeu substituir, mas atualizar, a Convenção nº 97 de 1939, e está dividida em duas partes: a primeira, que trata das migrações em condições abusivas, e, a segunda, que trata da igualdade de oportunidades e tratamento: “observa-se que a preocupação é focada no problema de migrações clandestinas, emprego ilegal de imigrantes e tráfico de trabalhadores” (SALADINI, 2012, p. 150).

A Convenção nº 143 tratou pela primeira vez das migrações indocumentadas, mas logrou uma baixa adesão da comunidade internacional: apenas vinte e três Estados a ratificaram (OIT, 2018) e a grande maioria é constituída por países que não se caracterizam como grandes receptores de fluxos migratórios, à exceção de Portugal e Itália. O Brasil e os demais Estados-membros do MERCOSUL, salvo a Venezuela, ainda não são signatários da Convenção 143.

No âmbito do sistema global de proteção dos direitos humanos da Organização das Nações Unidas, a partir da década de 1980, os migrantes foram tema de uma Declaração e uma Convenção específicas, que reconhecem que essas pessoas enfrentam problemas específicos, não mencionados nos tratados gerais de Direitos Humanos.

2.4.1 Declaração dos direitos humanos dos indivíduos que não são nacionais do país em que residem

Em 1979 foi preparado um estudo sobre as disposições internacionais de proteção aos direitos humanos dos não cidadãos dos Estados em que residem para a Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias da ONU. Nele, concluiu-se que os direitos dos estrangeiros não estavam ainda universalmente protegidos e as normas de direitos humanos então existentes eram insuficientes. Por fim, sugeriu-se no estudo à Comunidade Internacional a aprovação de um projeto de Declaração sobre os Direitos Humanos dos Indivíduos Que Não São Nacionais Do País Em Que Vivem, Declaração esta finalmente aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 13 de dezembro de 1985, por meio de sua Resolução 40/144 (ONU, 2002).

Assim, reconheceu-se que os trabalhadores migrantes enfrentam problemas específicos, não mencionados nos tratados gerais de Direitos Humanos.

Elaborada no contexto da preparação de uma Convenção para a proteção dos trabalhadores migrantes que estava sendo discutida no âmbito da ONU no início da década de

1980²², a Declaração foi a primeira iniciativa da Assembleia Geral da ONU para regulamentar especificamente os direitos humanos no contexto das migrações internacionais.

Ranz (2010, p. 125) destaca que:

A Declaração inclui, pela primeira vez, direitos próprios da pessoa que não encontra em seu país de origem, como direito de transferir, para o exterior, seus ganhos, economias ou outros bens monetários pessoais, o direito de conservar sua própria língua, cultura e tradições, ou liberdade de em qualquer momento se comunicar com o consulado ou a missão diplomática do Estado de que seja nacional²³

México e Marrocos, dois importantes países de origem de fluxos migratórios foram particularmente ativos no nível diplomático para preparar o processo de redação da Declaração e da Convenção: o embaixador mexicano Gomez de Leon foi eleito como presidente do grupo de trabalho que deveria apresentar a primeira versão da Convenção e a marroquina Halima Warzazi foi designada para presidir o grupo de trabalho que esboçou o texto da Declaração sobre os Direitos Humanos dos Indivíduos que não são nacionais do país em que vivem (BOHNING, 1991, p. 701).

O texto da Declaração é breve, com apenas 10 artigos, e fundamenta-se na máxima da proteção do ser humano de forma geral e na concessão de um patamar mínimo de direitos aos migrantes por todos os membros (FARENA, 2012, p. 100) e, assim, reconhece que os direitos humanos e liberdades fundamentais devem ser garantidos também aos migrantes (tratados por ela pelo termo “estrangeiros”²⁴).

Do estudo apresentado à Subcomissão para Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias, preparado em 1979 pela baronesa Elles (ONU, 2002, p. 15), que sugeriu a aprovação de uma Declaração Sobre Os Direitos Humanos Dos Indivíduos Que Não São Nacionais Do País Em Que Vivem, até sua efetiva proclamação pela Assembleia das Nações Unidas em 1985, transcorreram aproximadamente apenas seis anos.

²² O grupo de trabalho sobre a Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias reuniu-se pela primeira vez em 8 de outubro de 1980, finalizou sua primeira versão no outono de 1984 e terminou seu processo em junho de 1990 (BATTISTELLA, 2012, p. 55).

²³ Tradução livre de: “La Declaración recoge por primera vez derechos propios de la persona que no se encuentra en su país de origen como el derecho a transferir al extranjero sus ganancias, ahorros u otros bienes monetários personales, el derecho a conservar su propio idioma, cultura y tradiciones o la libertad en cualquier momento para comunicarse con el consulado o la misión diplomática del Estado de que sea nacional” (RANZ, 2010, p. 125).

²⁴ O art. 1º da Declaração prevê que o termo estrangeiro foi aplicado para designar “toda pessoa que não seja nacional do estado no qual se encontre” (ONU, 1985).

A elaboração e aprovação da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, por sua vez, levou uma década — de 1980, quando foi criado o grupo de trabalho encarregado de elaborar a Convenção, até sua aprovação pela Resolução 45/158, de 18 de dezembro de 1990 pela Assembleia-Geral da ONU. Transcorreram ainda quase 13 anos até que a Convenção entrasse em vigor, em 1º de julho de 2003, após o depósito do vigésimo instrumento de ratificação.

Essa demora, se comparada à Declaração com a mesma finalidade, decorreu principalmente do caráter obrigatório (*hard law*) da Convenção somado à falta de vontade política dos Estados de assegurar direitos a quem não lhes seja nacional.

A Declaração Dos Direitos Humanos Dos Indivíduos Que Não São Nacionais Do País Em Que Vivem tem natureza jurídica de instrumento normativo de *soft law*, configurando-se um manifesto de natureza recomendatória, não vinculante:

A peculiaridade deste texto internacional se manifesta no fato de ser uma resolução da AG [Assembleia Geral] o que implicará as mesmas dificuldades em relação à DUDH: formalmente não se pode considerar uma norma e, portanto, seu valor dependerá de sua aceitação geral e de sua possível inclusão como lei internacional consuetudinária, o que, à primeira vista e dadas as intenções governamentais sobre a questão migratória, não parece que vá acontecer (RANZ, 2010, p. 125)²⁵.

Por meio da Convenção da ONU para Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias de 1990, buscou-se tornar os direitos previstos pela Declaração como vinculantes, em processo semelhante ao ocorrido com os Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966 que visavam a assegurar em instrumentos jurídicos de força obrigatória (*hard law*) os direitos previstos pela Declaração Universal de Direitos Humanos:

Conforme a prática internacional, as declarações, em contraposição aos tratados, convenções, pactos e acordos, não têm força jurídica compulsória. Com efeito, a maioria das declarações adotadas pelas Nações Unidas são frequentemente ignoradas por muitos Estados, sem maiores constrangimentos (ALVES, 2015, p. 48).

²⁵ Tradução livre de: “La peculiaridad de este texto internacional se manifesta por el hecho de ser una resolución de la AG lo que implicará las mismas dificultades que respecto a la DUDH: formalmente no se poder considerarse una norma y, por ende, su valor dependerá de su aceptación generalizada y su posible inclusión como Derecho internacional consuetudinário, lo que, a primera vista y dadas las intenciones gubernamentales em el tema migratório, no parece que vaya a suceder” (RANZ, 2010, p. 125).

Ao contrário do que ocorreu com a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Declaração dos direitos indivíduos não nacionais dos países em que residem não teve a mesma aceitação universal com sua gradativa conversão em norma consuetudinária, e ela permanece ainda hoje praticamente desconhecida da comunidade jurídica internacional.

Antes de declarar qualquer direito aos indivíduos não nacionais dos Estados em que residem, a Declaração reconhece os direitos do Estado de fixar suas políticas migratórias e estabelecer diferenças entre nacionais e estrangeiros:

Artigo 2º

1. Nada na presente Declaração será interpretado de forma a legitimar a entrada e a presença ilegais de um estrangeiro em qualquer Estado, e **nenhuma disposição será interpretada de forma a restringir o direito de qualquer Estado a promulgar leis e regulamentos relativos à entrada de estrangeiros e aos termos e condições da sua estadia ou a estabelecer diferenças entre nacionais e estrangeiros.** Porém, tais leis e regulamentos não deverão ser incompatíveis com as obrigações jurídicas internacionais do Estado, incluindo as suas obrigações em matéria de direitos humanos (ONU, 1985, destaque nosso).

O art. 3º estabelece a obrigação de os Estados tornarem públicas as normas que de qualquer forma afetem os estrangeiros e o art. 4º prevê obrigações aos estrangeiros de cumprir a legislação e respeitar os costumes e tradições do Estado onde residam.

Apenas a partir do art. 5º tratam-se dos direitos humanos. Os direitos nele previstos — como vida, segurança pessoal, devido processo legal, igualdade perante o judiciário, planejamento familiar, liberdade de pensamento e religião, direitos culturais e de fazer remessas —, são reconhecidos aos estrangeiros sem que lhes haja qualquer restrição expressa no dispositivo em decorrência do *status* migratório:

1. Os estrangeiros gozarão, em conformidade com o direito interno e sem prejuízo das pertinentes obrigações internacionais do Estado onde se encontrem, em particular, os seguintes direitos:

- a) O direito à vida e à segurança pessoal; nenhum estrangeiro será sujeito a prisão ou detenção arbitrária; nenhum estrangeiro será privado de liberdade a não ser com os fundamentos e em conformidade com os procedimentos estabelecidos por lei;
- b) O direito à proteção contra ingerências arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, família, domicílio ou correspondência;
- c) O direito à igualdade perante os tribunais, juízos e todos os outros órgãos e autoridades de administração da justiça e, se necessário, o direito à assistência gratuita de um intérprete nos processos penais e, se estabelecido por lei, em outros processos;
- d) O direito à escolha do cônjuge, a casar, a constituir família;

- e) O direito à liberdade de pensamento, opinião, consciência e religião; o direito de manifestar a sua religião ou as suas convicções, sob reserva apenas das restrições estabelecidas por lei e que sejam necessárias para a protecção da segurança, ordem, saúde ou moral públicas, ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais;
- f) O direito de conservar a sua própria língua, cultura e tradições.
- g) O direito de transferir para o estrangeiro os seus rendimentos, poupanças ou outros bens monetários pessoais, sem prejuízo da regulamentação nacional em vigor em matéria de operações monetárias (ONU, 1985).

Maritza Farena (2012, p. 101) destaca que esse art. 5º “pode servir de base para qualquer política migratória nacional, regional ou internacional, prevendo um elenco dos direitos fundamentais dos estrangeiros a serem garantidos pelas legislações nacionais”.

O art. 6º veda a tortura, penas ou tratamentos cruéis ou degradantes e a sujeição de estrangeiros a experimentos médicos ou científicos sem seu consentimento, temas tratados pelo art. 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (ONU, 1966) e do qual o art. 6º parece ser mera transcrição aplicada aos estrangeiros.

Os arts. 7º e 8º preveem direitos restritos aos estrangeiros que residam legalmente no território do Estado: proteção contra expulsão arbitrária (art. 7º) e direitos sociais como direito a condições de trabalho seguras, salário justo (art. 8º, 1, a); liberdade sindical e de associação (art. 8º, 1, b) e saúde, segurança social e educação (art. 8º, 1, c).

A maioria dos direitos previstos pela Declaração, todavia, podem expressamente ser restritos, conforme previsão do art. 5º, 2; art. 7º e art. 8º, §1, b, por lei nacional que vise “à proteção da segurança nacional, da segurança pública, da ordem pública, da saúde ou moral públicas ou dos direitos e liberdades dos demais” (ONU, 1985).

Os direitos sociais, por sua vez, só são garantidos aos que preencham os requisitos de participação previstos em regulamento e desde que “tal não onere excessivamente os recursos do Estado” (ONU, 1985), conforme prevê o art. 8º, §1, c, da Declaração.

A prevalência dos direitos do Estado sobre os dos indivíduos, representada pela excessiva discricionariedade reconhecida ao Estado, que através de critérios vagos e subjetivos pode limitar direitos, reduz o alcance protetivo que poderia ser alcançado pela Declaração para proteção dos migrantes.

Assim, ao atribuir prerrogativas aos Estados que reduzem o alcance dos direitos, a Declaração vai na contramão da humanização do direito internacional, que é o grande objetivo do direito internacional a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos e dos instrumentos protetivos que se seguiram a ela: “não se pode visualizar a humanidade como um

sujeito de Direito a partir da ótica do Estado; o que se impõe é que sejam reconhecidos os limites do Estado a partir da ótica da humanidade (TRINDADE, 2006, p. 393)²⁶.

Os direitos humanos são um instrumento de limitação do poder do Estado frente o indivíduo e a Declaração Para Proteção Dos Direitos Humanos Dos Indivíduos Que Não São Nacionais Do País Em Que Vivem parece inverter essa lógica ao pretender atribuir proteção ao ser humano que vive como estrangeiro desde que essa proteção não afete ou limite o direito/poder do Estado.

2.4.2 A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, de 1990

Em que pese, conforme mencionado anteriormente, os direitos dos trabalhadores migrantes tenham sido objeto de convenções da OIT — destacando-se a Convenção n. 97, de 1949, sobre trabalhadores migrantes e a Convenção n. 143, de 1975, relativa às migrações em condições abusivas e à promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes —, a Convenção sobre os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias (CPDTM), adotada pela Resolução n. 45/158 da Assembleia Geral da ONU, de 18 de dezembro de 1990, foi a primeira convenção de direitos humanos no âmbito da ONU a tratar especificamente dos trabalhadores migrantes e faz parte do conjunto dos tratados do sistema global que protegem um grupo específico de pessoas particularmente vulnerável, decorrente do processo de multiplicação de direitos humanos que considera, segundo Bobbio (2004, p. 33), o homem não mais genericamente, mas visto em sua especificidade. Esses direitos esbarram, todavia, na “vontade” dos Estados e na sua soberania para decidir quem pode ou não ingressar, permanecer (e usufruir de direitos) em seus territórios.

A CPDTM, quando comparada com outras Convenções no âmbito da ONU é bastante complexa, possuindo 93 artigos²⁷. É dividida em nove partes: depois de a Parte I definir conceitos essenciais à sua interpretação, a II apresenta uma cláusula geral de não discriminação; a Parte III lista os direitos que todos os migrantes, inclusive os indocumentados, devem usufruir; a Parte IV acrescenta direitos específicos dos migrantes regulares e a Parte V prevê direitos

²⁶ Tradução livre de: “No se puede visualizar la humanidad como sujeto del Derecho a partir de la óptica del Estado; lo que se impone es reconocer los limites del Estado a partir de la óptica de la humanidad” (TRINDADE, 2006, p. 393).

²⁷ A título de exemplo e comparação, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (ONU, 1965) e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (ONU, 1979) têm, respectivamente, 23 e 30 artigos.

específicos de categorias específicas de migrantes (*p.e.* fronteiriços e sazonais); a sexta Parte detalha as obrigações e responsabilidades dos Estados e; as Partes VII, VIII e IV, por fim, tratam da aplicação da Convenção e suas possíveis reservas por parte dos Estados.

A Convenção reitera direitos gerais, já previstos em outros instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos — como o direito a vida, proibição de tortura e liberdades de opinião e expressão, dentre outros —, traz como seu princípio básico a não discriminação (art. 7) e prevê direitos específicos dos trabalhadores migrantes e membros de suas famílias como, por exemplo:

A vedação de expulsões coletivas (art. 22,1), direito a assistência consular (art. 23); proteção contra destruição de documentos (art. 21); direito a um tratamento não menos favorável que aquele concedido aos nacionais do Estado de emprego em matéria de remuneração e outras condições de trabalho (art. 25, I, a) e emprego (art. 25, I, b); igualdade em matéria de segurança social em relação aos nacionais do Estado (art. 27); o direito a uma identidade e nacionalidade (art. 29) e de acesso a educação em condições de igualdade com os nacionais aos filhos dos imigrantes. Os filhos dos imigrantes não poderão ainda ter negado ou limitado o acesso a estabelecimentos públicos de ensino (pré-escolar ou escolar) por motivo da situação migratória irregular de seus pais ou sua própria.

A parte IV da Convenção enuncia um *plus* de direitos restritos aos migrantes e seus familiares que se encontram em situação migratória regular, como os direitos de liberdade de locomoção no Estado de emprego (art. 39), liberdade sindical e de associação (art. 40) e participação política (art.41).

Os Estados-Parte têm ainda o dever de enviar ao Comité para a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, instituído pelo art. 72 da CPDTM, relatórios periódicos sobre a implementação dos direitos previstos pela Convenção. Estes relatórios possibilitam o controle internacional sobre a implementação e respeito aos direitos humanos dos migrantes, o que não ocorre com os direitos previstos apenas no âmbito legal interno.

Apesar de praticamente todos os países serem afetados pela migração internacional, seja como países de origem, trânsito ou destino, a Convenção da ONU de 1990 permanece como o tratado de direitos humanos com o menor número de ratificações.

2.4.2.1 A tensão soberania e direitos humanos

O debate sobre a proteção dos direitos humanos dos migrantes, principalmente os indocumentados, expõe a tensão entre os direitos deles, enquanto indivíduos, e a prerrogativa conferida aos Estados de determinar quem pode ingressar em seu território e/ou nele permanecer.

A Convenção busca equilibrar essa tensão ao prever significativos direitos aos migrantes indocumentados, mas em menor escala que os conferidos aos migrantes regulares e também ao dispor em seu art. 79 que “nenhuma disposição da presente Convenção afecta o direito de cada Estado Parte de estabelecer os critérios de admissão de trabalhadores migrantes e membros das suas famílias”. Sobre este aspecto da Convenção sintetiza Bosniak (1991, p. 758, tradução nossa) que:

Ao fim, a Convenção acomoda as preocupações conflitantes sobre soberania e direitos humanos ao incorporar ambas substancialmente. Ela contrapõe direitos, que são reduzidos pelos interesses estatais de migração, mas que também são limitados, ainda que minimamente, por direitos²⁸.

Apesar dessa tentativa de equacionar os direitos humanos individuais dos migrantes com as prerrogativas estatais, prevaleceram, ao fim, os interesses do Estado.

A Convenção traz em si o paradoxo de reconhecer expressamente que a soberania pode limitar direitos humanos nela expressos: “o resultado final foi um instrumento híbrido que ao mesmo tempo é uma sonora declaração de direitos individuais e um manifesto firme em apoio à soberania territorial do estado”²⁹ (BOSNIAK, 1991, p. 742, tradução nossa).

Observa-se que essa reserva de poderes ao Estado, expressa nos arts. 35, 42 e 56 da Convenção e feita provavelmente com o intuito de afastar o receio de muitos países em ratificá-la, além de não ter cumprido esse objetivo de ampliar a adesão internacional, limitou bastante o alcance de seus dispositivos protetivos, principalmente em relação aos migrantes indocumentados.

A proteção que a Convenção confere às prerrogativas inerentes à soberania dos Estados dificulta o exercício dos direitos conferidos aos migrantes indocumentados — que são

²⁸ Tradução livre de: “in the end, the Convention accommodates the competing concerns about sovereignty and human rights by substantially incorporating them both. It counter poses rights narrowed by state immigration interests against curtailed – though only minimally – by rights” (BOSNIAK, 1991, p. 758).

²⁹ Tradução livre de: “the ultimate result is a hybrid instrument ‘once a ringing declaration of individual rights and a staunch manifesto in support of state territorial sovereignty’” (BOSNIAK, 1991, p. 742).

os migrantes em situação de maior vulnerabilidade — que para reivindicá-los ficarão expostos a eventuais sanções ou deportação por conta de sua situação migratória irregular.

Não raro, esses migrantes deixam-se explorar devido a sua situação irregular e o empregador sente-se livre para explorá-lo por essa mesma razão, amparando-se no medo que têm de serem deportados e mantendo-os sob controle com a ameaça de entregá-los às autoridades migratórias. A irregularidade funciona como mordaza e cria uma inversão cruel, pois é o violador de direitos e não a vítima quem se sente mais livre em acionar as autoridades:

Um dos nichos de exploração do trabalho análogo ao de escravo está justamente na exploração do trabalhador imigrante, submetido a condições ilegais ou precárias, ao qual se subordinam em razão do medo da deportação e da esperança de, com o trabalho, conseguir obter dinheiro e condições futuras de legalização (SALADINI, 2012, p. 163).

A CPDTM, assim, ao dar prevalência à soberania estatal no controle migratório, deixa sem qualquer proteção contra sanções o indocumentado que revele sua condição migratória para reivindicar os direitos previstos na Convenção. Igualmente, como destacado acima, os empregadores poderão se valer da ameaça de denunciar a irregularidade migratória para dissuadir os indocumentados de reivindicar seus direitos trabalhistas garantidos no art. 25 da CPDTM. O art. 35 da CPDTM, nesta linha, expressamente aduz a inexistência de qualquer imunidade ou anistia ao indocumentado que reivindique seus direitos garantidos pela Convenção:

Nenhuma das disposições da parte III da presente Convenção deve ser interpretada como implicando a regularização da situação dos trabalhadores migrantes ou dos membros das suas famílias que se encontram indocumentados ou em situação irregular, ou um qualquer direito a ver regularizada a sua situação, nem como afectando as medidas destinadas a assegurar condições satisfatórias e equitativas para a migração internacional, previstas na parte VI da presente Convenção (ONU, 1990).

Situação semelhante ocorria na vigência da Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro) que em seu art. 95 previa que “o estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis” (BRASIL, 1980), mas vedava em seu art. 38 qualquer possibilidade administrativa de regularização migratória, praticamente inviabilizando a reivindicação de direitos por quem estivesse indocumentado. A nova lei de migração (Lei 13.445/2017) ao estabelecer como princípio da política migratória a “V - promoção de entrada regular e de regularização documental” (BRASIL, 2017) mudou radicalmente esse cenário e tornou-se mais protetiva, nesse aspecto, que a CPDTM.

Assim, quando o Brasil vier a ratificar a Convenção, deverá ser aplicada a disposição da Lei pelo princípio do *pro homine*:

Por força do disposto nos tratados de direitos humanos, os ordenamentos jurídicos internacional e interno mostram-se em constante interação no propósito comum de salvaguardar os direitos consagrados, prevalecendo a norma – de origem internacional ou interna – que em cada caso melhor proteja o ser humano (TRINDADE, 2006, p. 413).

De lege ferenda, a fim de garantir maior efetividade aos direitos previstos pela Convenção, sugere-se sua revisão³⁰ para que seja acrescido dispositivo que garanta que os indocumentados não sejam sancionados com base nas informações obtidas por meio da reivindicação administrativa ou judicial dos direitos previstos na CPDTM.

Assim, a CPDTM deve ser revisada para que efetivamente possa garantir o direito a ter direitos (ARENDR, 1989), no sentido de que os direitos humanos ao invés de fazer concessões à soberania e que reduzem seu alcance, devem desafiá-la, colocando-se acima dela, para que seja alcançada, na prática, a universalidade dos direitos humanos.

2.4.3 O Brasil e a Convenção dos Trabalhadores Migrantes da ONU

O Brasil é o único país da América do Sul, junto com a República do Suriname, que não ratificou a CPDTM (ONU, 2016), embora a tenha assinado em 2009.

Visando a humanizar a política migratória brasileira, bastante restritiva durante a vigência da Lei 6.815/1980, o *Estatuto do Estrangeiro*, o Conselho Nacional de Imigração editou a Resolução Normativa nº 108 que trata da “concessão de visto temporário ou permanente e permanência definitiva a título de reunião familiar”, havendo que se destacar que a resolução permite que o visto seja concedido a cônjuge ou companheiro(a) independente de sexo. Com esta resolução normativa, o CNIg visou a assegurar o direito de reunificação familiar, previsto no art. 44, 2 da Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 1990 da ONU, ainda não ratificada pelo Brasil.

³⁰ A revisão da CPDTM, conforme prevê seu art. 90, pode ser proposta a qualquer momento por via de notificação dirigida ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

A Lei 13.445/2017, que entrou em vigor em 21 de novembro de 2017 e instituiu a lei de migração em substituição ao *Estatuto do Estrangeiro*, garante o direito à reunião familiar (art. 3º, VIII) e prevê a concessão de visto para esta hipótese (art. 14, I, i).

O caso do visto de unificação familiar, ilustra que embora a Convenção ainda não tenha sido ratificada pelo Estado brasileiro exerceu influência no processo de humanização da política migratória brasileira que tinha como principal marco legal, até a entrada em vigor da Lei 13.445/2017, a Lei 6.815/1980, elaborada sob a lógica de um Estado policial e em contradição com a ordem constitucional democrática fundada pela Constituição de 1988.

A Lei 13.445/2017 avançou bastante no campo dos direitos humanos em relação à legislação anterior ao lograr trazer as migrações internacionais do campo de discussão e política de segurança nacional para o de direitos humanos ao reconhecer o migrante como sujeito de direitos.

Apesar de ter dado um importante passo nesse caminho, com a assinatura da CPDTM em 2009 e a aprovação e entrada em vigor da Lei 13.445/2017, é importante que o Brasil assuma frente à comunidade internacional o compromisso de assegurar os direitos humanos dos migrantes, o que os dotará de uma maior justiciabilidade e demonstrará um maior compromisso do Estado brasileiro na proteção desses direitos, inclusive mediante o dever de “prestar contas” de suas ações no campo da humanização da política migratória através de relatórios periódicos ao Comitê para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias:

Ter aceitado se submeter à revisão de uma “autoridade” internacional é, sem dúvida, um fator que pressiona, com importância variável, a favor do cumprimento de ditas obrigações. Ao ratificar a Convenção, os países expõem-se deliberadamente ao escrutínio, externo e interno, nesta área (ALBA, 2008, p. 57)³¹.

A ratificação da CPDTM pelo Estado brasileiro beneficiará não só aos estrangeiros que escolham o Brasil para viver, mas também aos brasileiros que optem por emigrar: a Convenção prevê direitos dos trabalhadores migrantes nos países de trânsito, chegada e de origem (antes da partida do migrante) e neste aspecto é mais abrangente que a nova Lei de

³¹ Tradução livre de: “Haber aceptado el someterse a la revisión de una ‘autoridad’ internacional es, indudablemente, un factor que pressiona, con importancia variable, en favor del cumplimiento de dichas obligaciones. Al ratificar la Convención los países se exponen deliberadamente al escrutinio exterior, y al interior, em este ámbito” (ALBA, 2008, p. 57).

Migração em vigor, que em embora preveja em seu capítulo VII políticas públicas para os emigrantes, não prevê obrigações ao Estado brasileiro na fase preparatória para a migração.

A ratificação da CPDTM ainda, por força do §2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, conferiria um regime jurídico-constitucional diferenciado à proteção dos direitos dos migrantes, elevando-os à condição de direitos e garantias fundamentais extravagantes (SGARBOSSA, 2008) e a CPDTM, assim, serviria como parâmetro para controle de convencionalidade:

À medida que os tratados de direitos humanos ou são **materialmente** constitucionais (art. 5º, §2º, CF) ou **material e formalmente** constitucionais (art. 5º, §3º, CF/1988), é lícito entender que, para além do clássico **controle de constitucionalidade**, deve ainda existir (doravante) um **controle de convencionalidade** das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país. (MAZZUOLI, 2013, destaques no original).

Ainda que assim não se considere, na esteira da jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal³² que atribui aos tratados de direitos humanos *status* supralegal (estão acima das leis, mas abaixo da Constituição), a CPDTM serviria ainda para o controle de legalidade. Neste sentido, a própria CPDTM, em seu art. 84 prevê que “cada Estado Parte deverá se comprometer a adotar todas as medidas legislativas e outras que se afigurem necessárias à aplicação da Convenção” (ONU, 1990).

Em suma, a ratificação da CPDTM — mormente se realizada nos moldes do §3º do art. 5º da CF/1988 — pelo Brasil mostrará seu firme compromisso, perante a comunidade internacional, com a humanização de sua política migratória, que já foi iniciada, no âmbito interno, com a aprovação e entrada em vigor da Lei 13.445/2017.

³² Cf. RE 466.343-SP e HC 87.585-TO.

3 A PROTEÇÃO DOS MIGRANTES NO CONTEXTO REGIONAL DO MERCOSUL E INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Coexiste com o sistema global, da ONU, o sistema regional de proteção aos direitos humanos, composto pelos sistemas europeu, africano e interamericano. No sistema interamericano, a organização matriz é a Organização dos Estados Americanos e seu principal instrumento é a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

No subcontinente sul-americano há ainda o MERCOSUL, bloco fundado a partir do Tratado de Assunção de 1991, que visa a integração regional e que, além de seu objetivo inicial de integração apenas econômica pela livre circulação de bens e serviços, tem buscado a integração social e incorporado temas de direitos humanos em sua agenda.

Nesse sentido destaca-se o Plano Estratégico de Ação Social do MERCOSUL — aprovado pela Cúpula de Assunção, realizada em junho de 2011 —, que, em seu eixo 2 (Garantir os Direitos Humanos, a Assistência Humanitária e a igualdade étnica, racial e de gênero), tem como um dos objetivos prioritários: “fortalecer do Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos do MERCOSUL (IPPDH) e **criar canais de diálogo com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos**” (MERCOSUL, 2010, destaque nosso).

Analisa-se, a seguir, os direitos humanos no contexto das migrações a partir dos marcos legais regionais do sistema interamericano de direitos humanos e do MERCOSUL, tendo em vista que o Brasil é Estado-Parte de ambos.

3.1 A PROTEÇÃO AOS MIGRANTES NO SISTEMA REGIONAL AMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A Convenção Americana de Direitos Humanos não tratou especificamente dos direitos humanos no contexto das migrações, limitando-se a tratar do tema em seu art. 22, quando trata sobre o “direito de circulação e residência”³³:

1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais.
2. Toda pessoa tem o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio.

³³ A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1948 reconhecia, de forma indireta, o direito de cada pessoa atravessar a fronteira de seu país, ao assegurar, em seu art. VIII, que o indivíduo tem o direito de “abandoná-lo senão por sua própria vontade” (OEA, 1948).

3. O exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.
4. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivo de interesse público.
5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional, nem ser privado do direito de nele entrar.
6. O estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado Parte nesta Convenção só poderá dele ser expulso em cumprimento de decisão adotada de acordo com a lei.
7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais.
8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.
9. É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros (OEA, 1969).

A Convenção Americana, assim, garantiu os direitos de deixar e retornar ao próprio Estado, circulação e residência aos que se encontrem legalmente no território do Estado; vedou a expulsão de nacionais pelo seu próprio Estado e a expulsão coletiva de estrangeiros e; por fim, reconheceu os direitos de asilo e o princípio do *non-refoulement*, específicos dos casos de refúgio.

Coube à Corte Interamericana de Direitos Humanos, contudo, no exercício de sua jurisdição contenciosa e consultiva, fixar os contornos dos direitos humanos no contexto das migrações internacionais no sistema regional americano de proteção aos direitos humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, verdadeiro tribunal internacional instalado em 1979 na cidade de São José na Costa Rica, é composta de 7 juízes nacionais dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), eleitos por um período de 6 anos, e tem seu funcionamento regido pelo Capítulo VIII (arts. 52 a 69) da Convenção Americana de Direitos Humanos. Leciona Alcalá Humberto Nogueira (2013) que:

As sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos servem não somente para resolver os casos contenciosos em que ela é chamada a decidir, mas também a *ratio decidendi* de tais casos e as opiniões consultivas tendem a clarificar e determinar o sentido e alcance das normas convencionais, contribuindo [...] para facilitar para os Estados Partes, o respeito aos compromissos convencionais assumidos³⁴.

³⁴ Tradução livre de: Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sirven no solamente para resolver los casos contenciosos em que ella es llamada a decidir, sino también como a

A Corte Interamericana apresenta-se, assim, como órgão³⁵ jurisdicional de proteção dos direitos humanos no sistema interamericano, podendo exercer função contenciosa e consultiva, cabendo-lhe, como intérprete autêntica e guardião da Convenção Americana de Direitos Humanos, a última palavra³⁶ nas controvérsias sobre direitos humanos no continente.

Cabe à Corte Interamericana, no exercício de sua função contenciosa conhecer dos casos que lhe sejam submetidos pela Comissão Interamericana ou pelos Estados-partes da Convenção Americana, para através do exercício de sua jurisdição julgar se houve violação à Convenção ou outros instrumentos internacionais de proteção e, em caso positivo, determinar a adoção das medidas necessárias para restabelecer o direito violado.

Neste sentido, Flávia Piovesan (2013) esclarece que:

A Corte tem jurisdição para examinar casos que envolvem denúncia de que um Estado parte violou direito protegido pela Convenção. Se reconhecer que efetivamente ocorreu violação à Convenção, determinará a adoção de medidas que se façam necessárias à restauração do direito então violado. A Corte pode ainda condenar o Estado a pagar uma justa compensação à vítima. Note-se que a decisão da Corte tem força vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento.

Essa competência só poderá ser exercida contra o Estado que, de modo expresso, nos termos do art. 62.1 da Convenção Americana, tenha reconhecido expressamente como “obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção”.

Conforme prevê o art. 61 da Convenção Americana, “somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte”. Os indivíduos e organizações não-governamentais, que queiram denunciar alguma violação a direito assegurado pela Convenção³⁷ ou outro instrumento internacional de direitos humanos, deverão se dirigir à Comissão Interamericana.

través de la *ratio decidendi* dichos casos y de las opiniones consultivas tiende a clarificar y determinar el sentido y alcance de las normas convencionales, contribuyendo [...] a facilitar a los estados partes, el respeto de los compromisos convencionales asumidos” (NOGUEIRA, 2013).

³⁵ Os órgãos de proteção dos direitos humanos no sistema interamericano são a Corte Interamericana de Direitos Humanos, regida pela Convenção Americana de Direitos Humanos, e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, regida pela Carta da OEA e pela Convenção Americana.

³⁶ Nos termos do art. 67 da Convenção Americana, “a sentença da Corte será definitiva e inapelável”.

³⁷ O art. 44 da Convenção Americana prevê que: “qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, além de sua função contenciosa, possui função consultiva, prevista no art. 64 da CADH, sobre as questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção Americana ou de qualquer tratado de direitos humanos nos Estados Americanos e sobre a compatibilidade da legislação doméstica aos instrumentos internacionais de Direitos Humanos, realizando também, assim, o controle de convencionalidade das leis.

Para suscitar a função consultiva da Corte não é necessário que o Estado seja parte da Convenção Americana, assim, qualquer Estado-membro da OEA, os órgãos da OEA elencados no capítulo X da Carta da OEA³⁸ e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos³⁹ poderão solicitar seu Parecer Consultivo⁴⁰ que, por força do art. 68, 1⁴¹ da Convenção Americana, terá efeito vinculante para os Estados, que deverão agir de acordo com os preceitos fixados no Parecer.

Sobre a contribuição da função consultiva à efetivação da proteção aos direitos humanos no contexto regional americano, Antônio Augusto Cançado Trindade (2002, p. 66) comenta que: “os pareceres da Corte Interamericana têm contribuído a esclarecer questões centrais atinentes à prevalência dos direitos da pessoa humana em nossa região, da maior importância à operação do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos”.

Observa-se que a função consultiva exercida pela Corte, mais abrangente quanto aos legitimados para suscitá-la que a, contenciosa, visa a harmonizar a legislação interna dos Estados com os preceitos da Convenção Americana e outros instrumentos internacionais de proteção ao ser humano e orientar os Estados e os órgãos da OEA em suas condutas e interpretações da Convenção a fim de que se previnam futuras lides e violações a Direitos Humanos.

As decisões da Corte Interamericana são imperativas e vinculam os Estados que reconheceram sua jurisdição. Conforme prevê o art. 68.1, da Convenção Americana: “os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”.

³⁸ O pedido de parecer formulado por um dos órgãos da OEA deve ter pertinência temática com sua esfera de competência, conforme preceitua o §2º do art. 60 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

³⁹ O Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu art. 19, d, atribui também a este órgão a possibilidade de: “d) consultar a Corte a respeito da interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou de outros tratados concernentes à proteção de direitos humanos dos Estados americanos”.

⁴⁰ Os arts. 59 a 61 do Regulamento da Corte Interamericana regulam os requisitos que devem ser preenchidos pelo pedido de parecer consultivo.

⁴¹ “Artigo 68 1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”.

A sentença que determinar indenização à vítima terá ainda o valor de título executivo judicial, podendo ser executada seguindo-se o procedimento para o cumprimento de sentença contra o Estado⁴²: “a grande importância conferida à Corte Interamericana é a de que suas decisões são imperativas e exigíveis dentro do território dos países que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos” (GUERRA, 2013, p. 105).

O Brasil ratificou, de forma tardia, o reconhecimento da competência contenciosa da Corte através do Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998. Até então, como observa Carlos Weis (2006, p. 107):

O Brasil era um dos poucos países do sistema americano a não reconhecer a competência da Corte Interamericana para julgar denúncias de violação de direitos humanos de sua responsabilidade. Essa situação, além de depor contra a imagem do país no exterior, contrariava o princípio que rege a política externa brasileira, previsto no art. 4º, II, ao estipular que a prevalência dos direitos humanos norteia a tomada de decisões neste campo.

Assim, com a adesão do Brasil ao sistema interamericano e seu reconhecimento da jurisdição da Corte, seus atos estatais devem se conformar aos direitos previstos na Convenção Americana, buscando-se a convergência e o diálogo da jurisdição interna e internacional em prol da maior proteção e efetividade dos direitos humanos.

3.1.1 Casos decididos no exercício da função consultiva

Para analisar o posicionamento da Corte Interamericana em sua jurisdição consultiva, foram selecionadas as três opiniões consultivas (nº 16/1999, nº 18/2003 e nº 21/2014) nas quais a Corte teve oportunidade de emitir seu parecer sobre os direitos humanos no contexto das migrações. Nelas, consolidou-se o entendimento de que o não reconhecimento da assistência consular ao estrangeiro preso viola o devido processo legal, reconheceu-se o princípio geral de não privação de liberdade unicamente pela situação migratória e, que os Estados têm o dever de respeitar os direitos dos trabalhadores migrantes, independentemente da regularidade de seu *status* migratório.

Conforme ressaltado acima, a competência da Corte Interamericana para julgar casos restringe-se aos Estados-parte que tenham reconhecido expressamente sua jurisdição.

⁴² “Art. 68 [...] 2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado”.

O México, assim, impedido de provocar a jurisdição contenciosa em face do fato de vários mexicanos estarem presos e condenados à morte nos Estados Unidos da América⁴³, sem terem sido notificados de seu direito à assistência consular, formulou pedido de opinião consultiva a fim de que essa situação fosse declarada como violadora de Direitos Humanos. Com sua consulta à Corte, visava o México, provavelmente, a causar um constrangimento político e moral (*power of embarrassment*) aos Estados Unidos da América em face da violação ao direito de assistência consular, previsto na Convenção de Viena sobre Relações Consulares.

Na opinião consultiva nº 16, resultado do pedido mexicano, datada de 1º de outubro de 1999, “a Corte considerou violado o direito ao devido processo legal quando o Estado não notifica um preso estrangeiro de seu direito à assistência consular” (RAMOS, 2014). Considerou ainda que a assistência consular é direito individual que “deve ser reconhecido e considerado no marco das garantias mínimas para oferecer aos estrangeiros a oportunidade de preparar adequadamente sua defesa e contar com um julgamento justo” (CtIDH, 1999). Assim, a imposição da pena de morte, com inobservância do direito à informação do detido estrangeiro, e conseqüentemente do devido processo legal, constituiria ainda violação ao direito de não ser privado da vida “arbitrariamente”, nos termos do art. 4º da Convenção Americana (CtIDH, 1999).

Sobre a importância e pioneirismo deste parecer, Antônio Augusto Cançado Trindade (2003, p. 65-6) comenta que:

O décimo-sexto Parecer da Corte Interamericana, verdadeiramente pioneiro, tem inclusive servido de inspiração para a jurisprudência internacional emergente, *in statu nascendi*, sobre a matéria, e tem tido um sensível impacto na prática dos Estados da região sobre a matéria.

Maria Rita Fontes Faria (2015, p. 185), ao comentar sobre os impactos desta Opinião Consultiva, acrescenta que:

A Opinião 16 revela o impacto do Direito Internacional de Direitos Humanos na evolução do Direito Público Internacional, especificamente por ter sido a Corte Interamericana a primeira a advertir que o não cumprimento do artigo 36(1) da Convenção de Viena ocorre em detrimento não só do Estado parte da Convenção, mas também do ser humano afetado pela decisão.

Assim, se hoje não há dúvidas sobre a natureza de direito individual à assistência consular, muito se deve ao pioneirismo da Corte Interamericana em situá-lo neste campo, e não apenas na esfera de relações entre Estados.

⁴³ Os Estados Unidos não ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em 10 de maio de 2002, o México submeteu à Corte Interamericana novo pedido de Parecer Consultivo, desta vez sobre a condição jurídica e os direitos dos trabalhadores migrantes indocumentados, solicitando que a Corte se manifestasse sobre a:

Privação do desfrute e exercício de certos direitos trabalhistas [aos trabalhadores migrantes,] e sua compatibilidade com a obrigação dos Estados americanos de garantir os princípios de igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei consagrados em instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos; bem como com a subordinação ou condicionamento da observância das obrigações impostas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, incluídas aquelas oponíveis *erga omnes*, em contraste com a consecução de certos objetivos de política interna de um Estado americano (CtIDH, 2003).

Em seu Parecer, que resultou na Opinião Consultiva nº 18/2003, a Corte considerou que em virtude do princípio do respeito da dignidade da pessoa humana, toda pessoa deve ter seus direitos respeitados pelo simples fato de pertencer à humanidade, independentemente de qualquer outra circunstância. Assim, estabeleceu que os trabalhadores migrantes indocumentados possuem os mesmos direitos fundamentais que qualquer outro trabalhador no Estado destino e que, os Estados não podem condicionar à regularidade migratória a observância dos direitos à igualdade e não discriminação, que são normas de *ius cogens*:

Os trabalhadores migrantes, inclusive os indocumentados, são titulares dos direitos humanos fundamentais, que não se condicionam por sua situação jurídica (irregular ou não). Em conclusão sobre este ponto, ao princípio fundamental da igualdade e não discriminação está reservada, desde a Declaração Universal de 1948, um posicionamento verdadeiramente central no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos (CtIDH, 2003).

A Corte com seu Parecer não negou a possibilidade que os Estados têm de estabelecer diferenças entre as categorias de sujeitos, mas desde que tais distinções sejam razoáveis e busquem fins legítimos. Assim, embora os Estados possam fixar requisitos e condições que devem ser atendidos pelos migrantes, sua inobservância não poderá trazer efeitos em matérias alheias ao seu ingresso e permanência no território do Estado como, por exemplo, os direitos trabalhistas.

Por fim, em 2011, os então quatro países-membros do MERCOSUL (Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai), em solicitação conjunta de opinião consultiva⁴⁴, algo inédito até então, apresentaram pedido de Parecer Consultivo sobre os direitos das crianças no contexto

⁴⁴ O MERCOSUL, como instituição, não tem legitimidade para fazer solicitação à Corte.

das migrações, que resultou na Opinião Consultiva nº 21/2014. Solicitou-se, na oportunidade, que fosse determinado com maior precisão:

Quais são as obrigações dos Estados com relação às medidas passíveis de serem adotadas a respeito de meninos e meninas, associadas à sua condição migratória, ou à de seus pais, à luz da interpretação autorizada dos artigos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e dos artigos 1, 6, 8, 25 e 27 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e do artigo 13 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (CtIDH, 2014).

Em sua Opinião Consultiva, datada de 19 de agosto de 2014, a Corte (2014) fixou o princípio da não privação de liberdade de crianças por sua situação migratória irregular:

Os Estados não podem recorrer à privação de liberdade de crianças que se encontram com seus progenitores, assim como daqueles que se encontram desacompanhados ou separados de seus progenitores, para garantir os fins de um processo migratório, nem tampouco podem fundamentar essa medida no descumprimento dos requisitos para ingressar e permanecer em um país, no fato de que a criança se encontre sozinha ou separada de sua família, ou na finalidade de assegurar a unidade familiar, uma vez que podem e devem dispor de alternativas menos lesivas e, ao mesmo tempo, proteger de forma prioritária e integral os direitos da criança.

Caso os Estados, todavia, recorram a medidas como alojamento ou albergamento de crianças para resolver a situação migratória, deverão, segundo a Corte, separar os migrantes das pessoas detidas pela prática de crimes, em estabelecimentos destinados para esse fim. As crianças deverão ainda ser separadas dos adultos, se desacompanhadas, e se acompanhadas deverá ser respeitado o direito à unidade familiar, assegurando-lhes um regime adequado em um ambiente não privativo de liberdade (CtIDH, 2014).

Igualmente, a Corte estabeleceu os procedimentos para garantir o direito das crianças de buscar e receber asilo e se pronunciou sobre a aplicação do princípio da não devolução, que deverá levar em consideração o interesse superior da criança:

De acordo com o estabelecido na Convenção sobre os Direitos da Criança e outras normas de proteção dos direitos humanos, qualquer decisão sobre a devolução de uma criança ao país de origem ou a um terceiro país seguro apenas poderá basear-se nos requerimentos de seu interesse superior, tendo em consideração que o risco de violação de seus direitos humanos pode adquirir manifestações particulares e específicas em razão da idade (CtIDH, 2014).

Esta opinião consultiva, atendendo à preocupação dos Estados solicitantes do MERCOSUL com a situação dos direitos da infância no contexto das migrações, logrou estabelecer o alcance de seus direitos levando em consideração o superior interesse da criança e a dupla situação de vulnerabilidade a que os meninos e meninas migrantes estão submetidos: a primeira pela situação de migrantes e a segunda pela própria condição de crianças, que os torna suscetíveis a violações específicas de direitos humanos em razão da idade.

A consulta evidencia também a abertura de um canal de diálogo do MERCOSUL com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

3.1.2 Casos decididos no exercício da função contenciosa

Para análise da jurisprudência da Corte Interamericana sobre migração no exercício de sua função contenciosa foram selecionados os casos: crianças Yean e Bosico *vs.* República Dominicana; Vélez Lloor *vs.* Panamá e; Nadege Dorzema e outros *vs.* República Dominicana. A escolha justifica-se por ter sido esses os casos considerados representativos pela própria Corte em sua compilação publicada de jurisprudência sobre migração, refúgio e apátridas (CtIDH, 2014).

Nestes casos, a Corte, partindo da premissa de que os migrantes indocumentados ou em situação irregular constituem um grupo em situação de maior vulnerabilidade, pois estão mais expostos a violações de seus direitos, considerou que:

As violações de direitos humanos cometidas contra os migrantes permanecem muitas vezes na impunidade devido, *inter alia*, à existência de fatores culturais que justificam esses fatos, à falta de acesso às estruturas de poder em uma sociedade determinada e a impedimentos normativos e fáticos que tornam ilusório o efetivo acesso à justiça” (CtIDH, 2012).

Assim, no julgamento destes casos, a Corte ao ter condenado os Estados pelas políticas migratórias discriminatórias e determinado a reparação dos danos, deu importantes passos para tornar efetivo o exercício dos direitos dos migrantes de acordo com as obrigações de respeito aos direitos e garantias dispostos na Convenção Americana.

3.1.2.1 Caso das crianças Yean e Bosico *vs.* República Dominicana

Em março de 1997, os representantes legais das meninas Dilvia Yean e Violeta Bosico, de 10 meses e 12 anos de idade, respectivamente, nascidas na República Dominicana e filhas

de mães dominicanas e pais haitianos, requereram às autoridades de registro civil dominicanas o registro de nascimento tardio das meninas.

Em decorrência das sucessivas exigências de documentação feitas pelas autoridades de registro civil da República Dominicana, as meninas não tiveram seus documentos de nascimentos emitidos e, assim, permaneceram como apátridas por mais de quatro anos, em situação de contínua vulnerabilidade social, prejudicando-as no acesso a direitos para os quais a documentação pessoal é indispensável como, por exemplo, matrícula em escola pública.

O caso foi levado pelas organizações Movimiento de Mujeres Dominico-Haitianas e Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) à Comissão Interamericana que o submeteu à Corte Interamericana.

A Corte destacou que os casos nos quais as vítimas de violações de direitos humanos são crianças revestem-se de especial gravidade e considerou que as medidas administrativas e legislativas que impediam o registro das meninas eram discriminatórias, agravavam sua vulnerabilidade e afetavam o gozo de direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, como os direitos à nacionalidade e à igualdade perante a lei, consagrados, respectivamente, nos artigos 20 e 24 da Convenção Americana e os direitos ao nome e ao reconhecimento da personalidade jurídica, consagrados, respectivamente, nos artigos 3 e 18 da Convenção Americana. A Corte destacou ainda, citando a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, de 1961, que os Estados têm obrigação de evitar a apatridia⁴⁵.

A Corte reiterou também que os Estados, embora tenham competência para determinar quem são seus nacionais, têm-na de forma restrita pelos deveres de proteção impostos pelos direitos humanos:

Na atual etapa de desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, esta faculdade dos Estados está limitada, por um lado, por seu dever de oferecer aos indivíduos uma proteção igualitária e efetiva da lei e sem discriminação e, por outro lado, por seu dever de prevenir, evitar e reduzir a apatridia” (CtIDH, 2005).

Assim, ficou estabelecido, dentre outras medidas compensatórias, que a República Dominicana deveria:

⁴⁵ O art. 8, item 1, da Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia estabelece que: “1 1. Os Estados Contratantes não privarão uma pessoa de sua nacionalidade se essa privação vier a convertê-la em apátrida.

Adotar em seu direito interno, dentro de um prazo razoável, de acordo com o artigo 2 da Convenção Americana, as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para regulamentar o procedimento e os requisitos exigidos para adquirir a nacionalidade dominicana, mediante o registro tardio de nascimento. Este procedimento deve ser simples, acessível e razoável, em consideração de que, de outra forma, os solicitantes poderiam permanecer na condição de apátridas. Ademais, deve existir um recurso efetivo para os casos em que seja negado o requerimento, nos termos da Convenção Americana, de acordo com os parágrafos 239 a 241 da presente Sentença (CtIDH, 2005).

O então juiz Antônio Augusto Cançado Trindade em seu voto fundamentado no caso ainda analisou que:

A presente Sentença da Corte constitui uma oportuna advertência para a proibição,—tendo presentes os deveres gerais dos Estados Partes na Convenção Americana estipulados nos artigos 1(1) e 2º da mesma,— de práticas administrativas e medidas legislativas discriminatórias em matéria de nacionalidade (começar por sua atribuição e aquisição—pars. 141-142). A Sentença tem o cuidado de ressaltar a condição de crianças de Dilcia Yean e Violeta Bosico, a qual agravou sua vulnerabilidade, comprometendo o desenvolvimento de sua personalidade, além de ter impossibilitado a proteção especial devida a seus direitos (par. 167); a este respeito, a Corte acertadamente resgatou o importante legado de seu próprio Parecer Consultivo nº 17 (sobre a Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, 2002) quanto à intangibilidade da titularidade de direitos inalienáveis, que lhes são inerentes (par. 177). (CtIDH, 2005).

A Corte, assim, na mesma linha exposta na Opinião Consultiva n. 18 — agora no exercício de sua jurisdição contenciosa — reafirmou que o dever de respeitar e garantir o princípio da igualdade perante a lei e de não discriminação independe do *status* migratório de uma pessoa em um Estado.

3.1.2.2 Caso Vélez Loor vs. Panamá

Em 11 de novembro de 2002, o equatoriano Jesús Tranquilino Vélez Loor foi detido na província de Darein, no Panamá, por não portar a documentação necessária à sua estadia regular no Estado panamenho. Posteriormente a Diretoria Nacional de Migração e Naturalização emitiu uma ordem de detenção e Vélez Loor foi transferido para o presídio de La Palma.

Em 6 de dezembro de 2002, foi-lhe imposta uma pena de 2 anos de prisão por infrações à lei migratória panamenha. Essa decisão, sem que lhe tenha sido garantido o direito de defesa, não foi comunicada a Vélez Loor.

Em 18 de dezembro de 2002, Vélez Loor foi transferido para o Centro Penitenciário La Joyita. Em 8 de setembro de 2003, a Direção do Serviço Nacional de Migração do Panamá revogou a sentença imposta e, em 10 de setembro, dois dias depois, Vélez Loor foi finalmente deportado para a República do Equador.

Durante o período em que esteve recluso, Vélez Loor não teve suas garantias processuais observadas: não dispôs de defesa técnica, não pôde constituir advogado de sua confiança, não foi ouvido em audiência de custódia e, tampouco, foi informado sobre seu direito a assistência consular.

Vélez Loor levou seu caso à Comissão Interamericana através de advogado constituído, tendo, posteriormente mudado sua representação legal no caso para o CEJIL. Após considerar que o Panamá não cumpriu suas recomendações para o caso, a Comissão submeteu o caso à Corte.

No julgamento, a Corte Interamericana asseverou que embora os Estados possam fixar políticas migratórias e mecanismos de controle de ingresso em seu território, estas políticas devem ser compatíveis com as normas de proteção de direitos humanos estabelecidas na Convenção Americana (CtIDH, 2005).

A Corte decidiu, nesta linha, que o direito à liberdade pessoal exige que a privação de liberdade pelo Estado seja feita apenas na medida necessária e proporcional para proteger os bens jurídicos fundamentais de ataques ou ameaças que os coloquem em risco, e desse princípio extrai que “a detenção de pessoas por descumprimento das leis migratórias nunca deve ter fins punitivos”. (CtIDH, 2014, p. 284).

Em síntese, a CtIDH, no caso, decidiu que as políticas migratórias não devem ter por base a detenção obrigatória e que caso a detenção seja necessária, deve ser analisada caso a caso. Considerou-se, assim, arbitrária a política migratória fixada na convergência entre a política migratória e a política criminal por meio do uso da detenção:

Serão arbitrárias as políticas migratórias cujo eixo central seja a detenção obrigatória dos migrantes irregulares, sem que as autoridades competentes verifiquem em cada caso específico, e mediante uma avaliação individualizada, a possibilidade de utilizar medidas menos restritivas que sejam efetivas para alcançar aqueles fins. (CtIDH, 2005).

Considerando ainda que a situação de vulnerabilidade dos migrantes em situação irregular é incrementada com a possibilidade de detenção, apenas em razão da sua situação migratória, em centros de detenção para criminosos comuns, como ocorreu no caso em tela, a Corte fixou que caso haja detenção decorrente de situação migratória irregular, deve ser

realizada a audiência de custódia e que é necessária a defesa técnica, com prestação de serviço público de assistência jurídica gratuita, nos procedimentos administrativos ou judiciais que possam resultar na deportação, expulsão ou privação de liberdade (CtIDH, 2005).

A Corte reiterou, por fim, o entendimento consignado na Opinião Consultiva nº 16 de que é violado o devido processo legal quando o Estado não notifica um preso estrangeiro de seu direito a assistência consular.

Nesse contexto, no Brasil, a partir desse julgado, a dispensa de advogado em procedimento administrativo de expulsão, consolidada pela súmula vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal, tornou-se inconvencional:

A aplicação da SV5 nos interrogatórios de estrangeiros em processo administrativo de expulsão viola a orientação jurisprudencial oriunda da proteção internacional de direitos humanos, uma vez que a defesa técnica é obrigatória em todos os atos referentes a esse processo administrativo” (PAIVA; HEEMAN, 2017, p. 419).

O Panamá foi então condenado, em sentença datada de 23 de novembro de 2010, por violação aos arts. 1.1, 2º, 5º, 7º, 8º, 9º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos e arts. 1º, 6º e 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

A importância deste caso situa-se no pronunciamento da Corte Interamericana sobre os limites que os direitos humanos impõem à criminalização das políticas migratórias e das migrações, vedando sua convergência com a política criminal para o controle dos fluxos migratórios.

3.1.2.3 Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana

Neste caso, levado à Corte pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, acionada pelas organizações “Grupo de Apoyo a los Repatriados y Refugiados” e “Centro Cultural Dominicano Haitiano”, julgou-se a responsabilidade internacional do Estado pela morte e ferimentos de migrantes haitianos por forças militares dominicanas e a falta de uma adequada investigação dos fatos.

Conforme os fatos narrados pela Comissão, em 16 de junho de 2000, 30 haitianos, entre eles um menor de idade e uma mulher grávida entraram no território dominicano a bordo de um caminhão. Em um posto de controle, o caminhão foi abordado pelo Destacamento Operativo de Fuerza Fronteriza, como não parou, foi perseguido e os militares realizaram numerosos disparos em direção a ele.

Alguns sobreviventes foram levados a um hospital, onde receberam tratamento precário e em 18 de junho de 2000, outro grupo de sobreviventes foi preso e levado a um quartel militar, onde foram extorquidos pelos militares: ou lhes davam dinheiro para que eles o levassem à fronteira com o Haiti ou seriam obrigados a trabalhos no campo. Os imigrantes coletaram o dinheiro e foram expulsos da República Dominicana (CtIDH, 2012).

No julgamento, com sentença datada de 24 de outubro de 2012, a Corte considerou que algumas das vítimas sobreviventes sofreram violação à sua liberdade pessoal e violações às suas garantias judiciais, posto que foram expulsas da República Dominicana sem o cumprimento do devido processo legal, que independe do *status* migratório para que seja assegurado:

Em matéria migratória, portanto, a Corte considera que o devido processo deve ser garantido a toda pessoa, independentemente de seu *status* migratório. O anterior quer dizer que ‘o devido processo legal deve ser reconhecido no marco das garantias mínimas que se devem ser concedidas a todo migrante, independentemente de seu *status* migratório (CtIDH, 2012)⁴⁶.

A Corte reiterou seu entendimento, firmado no caso *Vélez Loor vs. Panamá*, sobre as garantias do devido processo legal nos procedimentos de expulsão e acrescentou que o processo deverá ser individualizado para que se avaliem as circunstâncias pessoais de cada indivíduo, sob pena de violação ao art. 22,9 da Convenção Americana que veda a expulsão coletiva de estrangeiros:

No marco do sistema interamericano de proteção de direitos humanos, a Corte considera que o caráter ‘coletivo’ de uma expulsão implica uma decisão que não desenvolve uma análise objetiva das circunstâncias individuais de cada estrangeiro e, desse modo, recai em arbitrariedade (CtIDH, 2012).

No julgado considerou-se ainda que frente a infrações administrativas, como as migratórias, o Estado tem o dever de capacitar seus agentes para enfrentar estas infrações com respeito à situação de vulnerabilidade das pessoas migrantes (CtIDH, 2012).

Em vista disso, o Estado não cumpriu com sua obrigação de garantir os direitos à vida e à integridade pessoal através de uma legislação adequada sobre o uso da força, além de não

⁴⁶ Tradução livre de: “en materia migratoria, por tanto, la Corte considera que el debido proceso debe ser garantizado a toda persona independientemente del estatus migratorio. Lo anterior quiere decir que “el debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de seu status migratório” (CtIDH, 2012).

ter treinado e capacitado seus agentes de forma eficiente para lidar de forma proporcional com as situações de irregularidade migratória.

A Corte reiterou, em suma, que devem ser oferecidas as garantias do devido processo legal nos procedimentos de expulsão e acrescentou que será arbitrário o processo de expulsão que não individualize as circunstâncias pessoais de cada estrangeiro.

3.1.3 O papel da Corte Interamericana na proteção dos direitos humanos no contexto das migrações internacionais

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio de seus julgados, tem desenvolvido importante papel na consolidação do sistema interamericano de direitos humanos. Até sua efetiva implementação, a possibilidade de os indivíduos lograrem reparação judicial por violações aos direitos humanos esgotava-se na jurisdição interna dos Estados, o que era um complicador à tutela dos direitos dos imigrantes, que por esta condição, não se encontravam sob jurisdição do Estado em que são cidadãos e ficavam, assim, à mercê da boa-vontade dos Estados receptores em respeitar e assegurar os direitos previstos nos instrumentos internacionais de proteção ao ser humano.

A Corte em seu mister de guardiã da Convenção Americana de Direitos Humanos, embora tenha reconhecido o poder de os Estados fixarem suas políticas migratórias, reafirmou que estas são limitadas pelos Direitos Humanos e os Estados têm a obrigação de garantir e respeitar os direitos reconhecidos pela Convenção Americana e outros instrumentos internacionais de proteção, especialmente os da não-discriminação e do devido processo legal, aos estrangeiros sob sua jurisdição, independentemente da regularidade de seu *status* migratório. Assim, suas sentenças têm propiciado significativos avanços na tutela dos direitos humanos dos migrantes — documentados ou indocumentados — no contexto americano.

Por fim, como o Brasil reconheceu a competência obrigatória da CtIDH em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana, conclui-se que o conhecimento de sua jurisprudência é fundamental para que os atos estatais se conformem a ela, buscando-se, assim, a convergência e o diálogo da jurisdição interna e internacional em prol de uma maior efetividade dos direitos humanos.

3.2 MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS NO MERCOSUL

Em 26 de março de 1991, com a assinatura do Tratado de Assunção, pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, formou-se um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, chamado de MERCOSUL⁴⁷. Iniciou-se com a formação do Bloco, um processo de integração regional sul-americano que se desenvolve até o presente por meio de fases: “o estabelecimento de um Mercado Comum é o fim almejado pelo Mercosul, todavia, o bloco se encontra preso na estrutura da União Aduaneira imperfeita” (LUNARDI, 2017, p. 64).

O Tratado de Assunção não inseriu a livre circulação de pessoas entre seus objetivos iniciais, mas apenas a “a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente” (BRASIL, 1991).

Nesse sentido, Lacerda (2014, p. 87) destaca que:

Não houve nenhuma referência específica à liberdade de circulação de pessoas no tratado de criação do Mercosul, denotando-se que temas como cidadania supranacional, liberdade de circulação e residência, facilitação de trânsito, migração a trabalho não constavam da agenda do Mercosul.

A intensificação dos fluxos migratórios, na década de 1990, entre Estados da América do Sul (migrações Sul-Sul), ocorrida por uma conjugação de fatores como “o crescimento das economias sul-americanas e da paulatina redução dos níveis de pobreza e desigualdade social da região aliados à desaceleração da imigração para os países desenvolvidos” (LUNARDI, 2016, p. 24), levou a discussão sobre a livre circulação de pessoas à pauta do MERCOSUL para a conformação de uma política migratória dentro do Bloco.

Assim, a partir da década de 2000, com a assinatura de diversos instrumentos que visam a desburocratizar a circulação dentro do bloco e a promover a regulamentação migratória, avançou-se para garantir a livre circulação de pessoas e respeito aos direitos humanos dos migrantes no MERCOSUL, destacando-se o Acordo sobre Residência, até o momento, como seu mais significativo instrumento.

⁴⁷ Em 31 de julho de 2012 a Venezuela foi incorporada como Estado Parte e são ainda Estados Associados ao Bloco: Chile, Colômbia, Equador, Peru, Guiana, Suriname e Bolívia, este último em processo de adesão.

3.2.1 Declaração Sociolaboral do MERCOSUL

A Declaração Sociolaboral do MERCOSUL foi assinada na reunião semestral do Conselho do Mercado Comum, em 1998, no Rio de Janeiro e tem natureza *sui generis*, pois não é prevista no Tratado de Assunção. Não possui, assim, o caráter vinculante dos demais Acordos celebrados no interior do bloco:

Uma das questões que hoje está colocada como desafio é exatamente a revisão da Declaração Sócio laboral [*sic*] do MERCOSUL, que estabelece uma série de direitos e proteções. Ela hoje tem um status de declaração [...] seria necessário revisar sua posição, transformando-a em um protocolo ou outro status, capaz de fortalecer sua aplicação. Hoje, enquanto declaração, ela é apenas uma referência, sem ter efetivamente força de aplicação (BARBOSA, 2008, p. 99).

Foi elaborada como uma resposta às críticas no sentido de que o bloco dava enfoque excessivo aos aspectos econômicos, comerciais e tributários da integração regional, relegando para o segundo plano as demandas sociais geradas por essa mesma integração. Em um dos “considerandos” do preâmbulo da Declaração há expressa menção a essa ideia:

A integração regional não pode confinar-se à esfera comercial e econômica, mas deve abranger a temática social, tanto no que diz respeito à adequação dos marcos regulatórios trabalhistas às novas realidades configuradas por essa mesma integração e pelo processo de globalização da economia, quanto ao reconhecimento de um patamar mínimo de direitos dos trabalhadores no âmbito do MERCOSUL, correspondente às convenções fundamentais da OIT (MERCOSUL, 1998, destaque nosso).

A Declaração, assim, instituiu princípios programáticos — trabalho decente e empresas sustentáveis — considerados relevantes, na área do trabalho, para que se alcancem os objetivos do bloco e previu três categorias de direitos: individuais, coletivos e outros direitos.

No art. 24 da Declaração de 1998 era prevista sua revisão após decorridos dois anos de sua adoção — “tendo em vista seu caráter dinâmico e o avanço do processo de integração sub-regional [...] com base na experiência acumulada no curso de sua aplicação ou nas propostas e subsídios formulados pela Comissão Sociolaboral ou por outros agentes” — que foi feita no ano de 2015 durante a 18ª Cúpula Social do MERCOSUL, ocorrida em Brasília.

A Declaração, no formato atual (2015) tem 34 artigos e é dividida em 5 capítulos⁴⁸:

⁴⁸ Originalmente a declaração tinha 25 artigos e era dividida em 4 partes (os princípios gerais não eram previstos).

Em sua primeira parte, a Declaração traz dois princípios: o trabalho decente e empresas sustentáveis, que são princípios formalizados pela OIT, o que demonstra a tentativa de diálogo do sistema mercosulino com o sistema global de proteção aos direitos humanos dos trabalhadores;

No capítulo II são elencados os direitos individuais, dos quais destacam-se, por se mostrarem mais relevantes ao objetivo de integração regional, a garantia de não-discriminação em razão da origem nacional (art. 1º) e a proteção aos trabalhadores migrantes ou fronteiriços (art. 4º), assegurando-lhes o acesso à assistência, à informação, à proteção, aos serviços públicos e igualdade de direitos e condições de trabalho reconhecidos aos nacionais (os demais direitos, como férias, salário mínimo, igualdade entre homem e mulher, etc são previstos expressamente pela CLT e/ou CF/1988).

Em sua terceira parte, a Declaração prevê direitos coletivos como liberdade sindical, negociação coletiva, greve, promoção da prevenção dos conflitos e sua autocomposição e diálogo social (mediante mecanismos de consulta).

No capítulo IV da Declaração, outros direitos como a centralidade do emprego nas políticas públicas, fomento do emprego, formação profissional dos trabalhadores, proteção dos desempregados, inspeção do trabalho, saúde e segurança do trabalho, e seguridade social;

Por fim, em seu último capítulo, há os dispositivos sobre a aplicação e seguimento da Declaração, nos quais se prevêem que os Estados Partes deverão manter como parte integrante da Declaração, a Comissão Sociolaboral do MERCOSUL com formação tripartite e objetivo de acompanhar e fomentar a aplicação da Declaração e elaborar, por meio do Ministério do Trabalho e em consulta com organizações representativas de empregadores e trabalhadores, relatórios anuais sobre a implementação dos dispositivos da Declaração, relatando as dificuldades e obstáculos enfrentados na sua aplicação.

A Declaração traz normas de natureza programática, impondo compromissos aos Estados em adotarem medidas para promoção dos direitos, mas sem especificar políticas públicas⁴⁹ou impor prazos ou sanções.

Durante a XX Sessão Plenária do Parlamento do MERCOSUL — PARLASUL, em 2009, foi aprovada, no dia 19 de outubro de 2009, Proposta de Recomendação destinada a promover o *status* de Protocolo a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL. A Proposta foi apresentada pelo parlamentar paraguaio Hector Lacognata.

⁴⁹ Prevê-se, por exemplo, a igualdade de oportunidades e tratamento entre mulheres e homens (art. 5º) e para trabalhadores com deficiência (art. 6º), mas não é prevista, por exemplo, a aplicação de ações afirmativas a fim de se promover, materialmente, a igualdade formalmente prevista.

Na Recomendação 16/2009, além da mudança de *status* para Protocolo, o Parlamento do MERCOSUL recomenda que ele considere o direito de negociação coletiva transnacional, sejam impulsionadas a criação do Instituto do Trabalho do MERCOSUL e de um Tribunal de Solução de Controvérsias para questões sociais e laborais, além da inclusão do Parlamento do MERCOSUL no debate com os órgãos sociolaborais do bloco.

Como demonstrou a revisão da Declaração, feita em 2015, as principais recomendações do Parlamento foram ignoradas e ele continuou fora do debate com os órgãos sociolaborais.

Parte da inefetividade do PARLASUL deve-se à falta de reivindicação por parte de seus parlamentares por ampliação de sua competência: a base política dos parlamentares é nacional, assim, não há incentivo eleitoral para que invistam politicamente no âmbito regional.

Embora a Declaração seja importante — por inserir como tema da integração regional buscada pelo MERCOSUL, além das questões econômicas, as questões sociais relativas aos trabalhadores —, ela carece de uma maior efetividade por não possuir caráter vinculativo e, tampouco, apresentar sanções, além do *power of embarrassment* com a atuação da Comissão, aos Estados-membros que descumprirem suas disposições.

3.2.2 Acordo de Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru

Por ocasião da XXIII Reunião do Conselho do Mercado Comum, realizada em Brasília nos dias 5 e 6 de dezembro de 2002, foi assinado o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul — MERCOSUL, Bolívia e Chile. No Brasil, o Acordo foi promulgado pelo Decreto 6.964, de 29 de setembro de 2009, o que garante aos imigrantes dos Estados-Parte um regime migratório distinto e mais favorável em relação aos imigrantes provenientes dos demais Estados. Para Lopes (2013), este acordo de residência representa a verdadeira consolidação de um regime de liberdade de circulação de pessoas no bloco.

O Acordo reconhece o direito à residência e ao trabalho nos Estados-Partes sem outro pré-requisito além da nacionalidade. Assim, cumpridas as condições do art. 4º — passaporte válido, certidão de nascimento e certidão negativa de antecedentes penais — os cidadãos dos Estados-Parte podem requerer a concessão de residência temporária por até dois anos e antes de expirar o prazo, poderão requerer a residência permanente.

Deverão gozar ainda dos mesmos direitos, liberdades civis, sociais, culturais e econômicas de que gozam os nacionais:

São assegurados [...] o tratamento igualitário em relação aos nacionais do país de acolhida, o direito de reunião familiar (hipótese aplicável caso existam membros das famílias que não tenham a nacionalidade de um dos Estados Parte, porque, caso contrário, o caso é de direito próprio), e o direito de transferir renda pessoal a seu país de origem (LOPES, 2013, p. 147).

Consolida-se com o Acordo de Residência a liberdade de pessoas no MERCOSUL e dá-se um importante passo na construção de uma cidadania mercosulina, o que soluciona grande parte dos problemas migratórios decorrentes da indocumentação — caso efetivado pelos Estados-Parte — e amplia a integração regional visada pelo Bloco, aproximando-o do objetivo de se construir uma comunidade latino-americana de nações.

4 A POLÍTICA MIGRATÓRIA BRASILEIRA: SUAS FASES A PARTIR DE SEUS MARCOS LEGAIS

“A terra do sonho é distante e seu nome é Brasil,
Plantarei a minha vida debaixo de céu anil”.
Milton Nascimento – Sonho imigrante

Desde a chegada dos europeus às terras brasileiras e durante todo o período colonial (1500-1808) houve presença estrangeira no Brasil, mas não havia ainda correntes propriamente migratórias com o fito de se estabelecer em um país estrangeiro: o fluxo predominante era de portugueses que vinham se estabelecer nas então terras portuguesas de ultramar e de escravos traficados da África.

Considera-se então como o marco legal inicial da migração para o Brasil, a abertura dos Portos às nações amigas, promovida por Dom João VI, por meio da Carta Régia de 28 de janeiro de 1808, e que possibilitou uma livre circulação de estrangeiros nos portos brasileiros ao revogar “todas as leis, cartas regias, ou outras ordens que até aqui proibiam neste Estado do Brazil o reciproco commercio e navegação entre os meus vassallos e estrangeiros” (BRASIL, 1808).

Assim, o ano de 1808 deve marcar o início da imigração no Brasil: “é com a ação da Regência, naquele ano trasladada a Corte de Lisboa para o Rio de Janeiro, que se torna possível a imigração para o Brasil” (CAVARZERE, 1995, p. 27).

Sobre a mudança de perspectiva das correntes migratórias a partir da Regência de Dom João VI, Aguiar (1991, p.101) destaca que:

As modernas causas que são consideradas como estímulo a outros povos para virem à América portuguesa, logo após seu descobrimento, não se identificam totalmente com as que surgiram nos séculos XVI, XVII e XVIII. As correntes migratórias que se transferem para nosso país em obediência a normas juridicamente pensadas para comportar tal fenômeno, com efeito, apresenta um matiz diferente.

A primeira manifestação ocorre em 1808 quando, por ter sido o Brasil levado à categoria de Reino por Dom João VI, foi declarada a abertura dos portos brasileiros às nações amigas. Essa providência [...] estabelecia as condições para iniciar-se o intercâmbio econômico. Também favorecia a chegada de outros povos interessados em fixar-se definitivamente no Brasil.

A partir de então, é possível observar pelo menos três fases percorridas pelos marcos legais que fixaram políticas migratórias: a) fase da xenofilia europeia, que durou até o início da década de 30 do século XX, caracterizada pelo incentivo estatal à imigração de europeus brancos para o Brasil, seja para a ocupação das grandes áreas com baixa densidade demográfica

visando a garantir a posse destes territórios, seja para substituição do braço escravo; b) fase da xenofobia, que no contexto dos efeitos da crise econômica mundial de 1929 e da maciça participação estrangeira no movimento operário, foi caracterizada pela forte restrição à imigração para o Brasil com o estabelecimento da política de quotas à entrada de estrangeiros e sua responsabilização pela “desordem econômica e insegurança social” (BRASIL. 1930); e, finalmente, a c) fase de segurança nacional que, embora já fosse tema de preocupação estatal na República Velha⁵⁰ e no Estado Novo⁵¹, teve seu auge no contexto da Guerra-Fria com o regime militar (1964-1985) e a Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro), que adotou política migratória altamente restritiva por visualizar o imigrante como uma ameaça à segurança interna e um inimigo em potencial. Apenas a partir da Lei 13.445, de 24 de maio de 2017, conhecida como Nova Lei de Migração, buscou-se mudar o paradigma da segurança nacional para o de direitos humanos, substituindo o estrangeiro pelo imigrante.

4.1 FASE DA XENOFILIA⁵² EUROPEIA (1808-1930)

A primeira política migratória estatal⁵³ brasileira foi alicerçada na criação de colônias baseadas no trabalho familiar em pequenas propriedades, para garantir a ocupação (e posse) de áreas com baixa densidade demográfica e o abastecimento do mercado interno. O Decreto sem número de D. João VI, de 25 de novembro de 1808, passou a permitir a concessão de sesmarias a estrangeiros, sob o fundamento de ser conveniente “aumentar a lavoura e a população, que se acha muito diminuta neste Estado” (BRASIL, 1808). Em que pese o incentivo legal à migração para o Brasil tenha se iniciado em 1808, apenas a partir de 1818 seria constatada a entrada de suíços e alemães, os quais iriam fundar uma colônia de imigrantes em Nova Friburgo, no Rio de Janeiro (AGUIAR, 1991, p. 101).

⁵⁰ A “Lei Adolfo Gordo” (Decreto nº 1.641, de 7 de janeiro de 1907), já mencionava que “Art. 1º O estrangeiro que, por qualquer motivo, comprometer a **segurança nacional** ou a tranquillidade publica, póde ser expulso de parte ou de todo o territorio nacional”. (BRASIL: 1907, destaque nosso)

⁵¹ A “segurança nacional” era mencionada no Decreto-Lei nº 7.967/1945 na fixação da política migratória do fim do Estado-Novo.

⁵² Xenofilia é o contrário de xenofobia, e refere-se ao sentimento de apreço por quem é estrangeiro.

⁵³ A política migratória estatal durante muito tempo conviveu paralelamente com políticas migratórias privadas como, por exemplo, a da Sociedade Promotora da Imigração, instituição fundada por fazendeiros em 1886 com o objetivo de introduzir imigrantes europeus no Estado de São Paulo (ALVIM, 2000, p. 395).

Estava em curso uma política de colonização, que é a imigração em grupos nacionais mediante concessão ou venda prévias de terras para ocupação e realizada ou autorizada pelo governo do Estado receptor:

Tomando a colonização num sentido amplo, seu conceito se confunde com povoamento, isto é, o processo de ocupação e valorização de uma área realizado por indivíduos provenientes de fora. Num sentido mais restrito, colonização é o povoamento precedido de planejamento governamental ou privado (TAVARES; CONSIDERA; SILVA, 1972, p. 25).

Sob esta política de pequenos núcleos coloniais de povoamento europeu, foram estabelecidos colonos suíços nas imediações da capital, em Nova Friburgo e alemães em São Leopoldo, já no reinado de D. Pedro I: “este modelo de pequena propriedade, com imigrantes europeus em regime de trabalho familiar vai ser ensaiado, com maior ou menor sucesso, em quase todos os Estados do Brasil, entre as décadas de 1810 a 1870. Acabou vingando melhor nos Estados do Sul” (BEOZZO, 1992, p. 84).

A colonização muitas vezes envolvia restrição à liberdade dos colonos em decorrência da dívida colonial (subsídios, preço da terra etc.): os colonos endividados não podiam deixar a colônia sem autorização dos administradores (SEYFERTH, 2002, p.98). O aviso de 11 de julho de 1836 (IOTTI, 2011, p. 196), por exemplo, ordenava “ao Chefe da Polícia, na Corte [...] sejam recolhidos ao Depósito da Sociedade Promotora da Colonização todos os Colonos, que forem encontrados vagando pelas ruas sem a competente autorização, escrita, do agente do Depósito”.

O colono estava ainda sujeito à exclusão de suas terras se considerado “in corrigível” e tal medida fosse julgada, pelo Presidente de Província, “conveniente ao bem-estar e interesses da colônia” (IOTTI, 2001, p. 302).

Na obra *Memórias de um colono no Brasil*, publicada em 1858, o ex-colono suíço Thomas Davatz (1980), que migrou para o Brasil para trabalhar em uma fazenda de café em São Paulo, relatou as péssimas condições que os colonos encontravam no Brasil e que os levou a uma revolta por melhores condições de trabalho em 1856.

Davatz atribuiu, em seu relato, grande parte dos problemas dos colonos como decorrentes da mentalidade escravista ainda reinante no Brasil:

Esses empresários tem agido até aqui com seus parceiros e pode prever-se desde já como agirão para o futuro, tendo em conta o fato de se acharem habituados, desde a infância, a tratar com escravos e não terem aprendido até aqui a respeitar os direitos que assistem um trabalhador livre [...]. Aos olhos desses homens o colono europeu só vale mais do que os negros africanos pelo

fato de proporcionar lucros maiores de custar menos dinheiro (DAVATZ, 1980, p. 233).

Mesmo benvindos no Brasil que adotava uma política migratória de incentivo à colonização, os colonos não usufruíam dos mesmos direitos e liberdades que os nacionais, como demonstram as restrições aos direitos que lhes eram impostas por alguns dispositivos da legislação e, na prática, pelos administradores das colônias.

No ano de 1867, buscando fortalecer esta política migratória de colonização e diminuir suas falhas minimizando os problemas dos recém-chegados, foram editadas novas normas pelo governo imperial brasileiro (ALVIM, 2000, p. 388).

O Decreto nº 3.784, de 19 de janeiro de 1867 estabeleceu diversos novos incentivos aos colonos como a construção de edifícios destinados a receber e hospedar os colonos recém-chegados (art. 28), sendo, eles mantidos nos 10 primeiros dias à custa dos cofres da colônia⁵⁴; a atribuição de um lote de terra a cada família, que poderia ser pago em “cinco prestações iguaes, a contar do fim do segundo anno de seu estabelecimento” (BRASIL, 1867); o recebimento, na chegada à colônia de “sementes mais necessarias para as primeiras plantações destinadas ao seu sustento, e bem assim os Instrumentos agrarios de que precisarem; sendo o custo destes, bem como o da derrubada, casa provisoria, e de quaesquer adiantamentos, reunido ao preço das terras, para ser pago conjunctamente com este, e pela fôrma já declarada”; possibilitava-se ainda ao colono que quisesse, como forma de auferir renda até a primeira colheita, o emprego em trabalhos na colônia pelo prazo de 6 meses. O Governo passou ainda a garantir a passagem desde o porto do Rio de Janeiro até o núcleo colonial, forçando, assim, pelo Decreto 3.815, de 20 de março de 1867, que a companhia de navegação fornecesse ao Governo abatimento de 50% no preço da passagem subvencionada para colonos.

O sistema colonial, todavia, “não prosperou muito, principalmente porque a base na mão-de-obra brasileira era escrava e o tráfico negreiro representava um excelente negócio para agricultores e comerciantes brasileiros (ELIAS, 2005, p. 14). Assim, apenas na segunda metade do século XIX, com a Lei nº 581, de 4 de setembro de 1850, alcunhada “Lei Eusebio de Queiroz”, que proibia o tráfico negreiro, anunciando a extinção iminente da escravidão, a política migratória de atração de imigrantes para substituição da mão de obra escrava passou a ser levada a sério.

⁵⁴ Art. 29. Durante os primeiros dez dias de estada, os colonos, que o reclamarem, serão sustentados á custa dos cofres da colonia, debitando-se-lhes a importancia do adiantamento para ser reembolsado na fôrma do art. 6º (BRASIL: 1867).

As lavouras de café cresciam exponencialmente desde meados do século XIX e “a elite paulista [...] não tinha interesse em estrangeiros para formar núcleos coloniais, prática até então incentivada pelo Governo imperial. Precisava apenas de mão-de-obra barata que substituísse o braço escravo” (ALVIM, 2000, p. 319).

Assim, “é o fim do tráfico negreiro que começa a colocar na ordem do dia a necessidade de substituição da mão-de-obra por imigrantes” (OLIVEIRA, 2001). Em 1871 entrou em vigor a Lei do Ventre Livre, Lei nº 2.040, anunciando o fim próximo da escravidão, no mesmo período em que teve início a emigração europeia transoceânica em massa que se estendeu até a década de 30 do século XX (ZUBILLAGA, 2000, p. 419). Também em 1871, o Decreto nº 1.950, de 27 de julho, flexibilizou as exigências para naturalização de estrangeiros garantindo “naturalização a todo o estrangeiro que a requerer, maior de 21 anos, e tendo residido no Brasil ou fóra delle, em seu serviço por mais de dous annos” (BRASIL, 1871).

Ao mesmo tempo em que a Europa apresentava um contexto propício à emigração com um crescimento demográfico sem precedentes, avanço da tecnologia que substituía a mão-de-obra do homem pela máquina e a melhoria dos transportes com o uso de embarcações a vapor⁵⁵, o Brasil apresentava um contexto bastante favorável à recepção de imigrantes com a premente necessidade de substituição da mão-de-obra escrava e uma política migratória aberta. Havia ainda uma preocupação em “branquear” a população brasileira, ressaltando seu caráter europeizado, na chamada “política de branqueamento”⁵⁶:

No final do século XIX, na iminência da abolição da escravatura, discutir a questão racial significava, para as elites, debater a questão nacional, já que o progresso do país dependeria da composição étnica de seu povo. Assim, a defesa da imigração não se restringia às necessidades de mão-de-obra, mas também a um ideal de construção de uma nacionalidade. O Brasil que se pretendia formar era livre e de cidadãos brancos (PESSANHA, 2005, p. 21).

O ideal dessa política era o desaparecimento do negro por sua absorção gradativa pela raça branca e baseava-se no pressuposto de que: “a miscigenação não gerava, necessariamente, ‘degenerados’, e poderia forjar uma população mestiça saudável que se tornaria cada vez mais branca, tanto cultural quanto fisicamente” (SKIDMORE, 2012, p. 111).

Nisso reside a peculiaridade da tese brasileira de branqueamento, que adotou uma estratégia de conciliação (AZEVEDO, 2008), que se diferenciava, por exemplo,

⁵⁵ A Itália e Alemanha apresentavam na época, ainda, como fatores expulsórios os processos de unificação política, terminados apenas em 1870 e 1871, respectivamente.

⁵⁶ Thomas Skidmore (2012, p. 110), ressalta que essa tese do “branqueamento”, aceita pela maior parte da elite nacional entre 1889 e 1914 era uma teoria peculiar ao Brasil.

substancialmente da política de segregação racial adotada pelos Estados Unidos, pois apesar de o escravismo ter sido fundado conceito de raça, nega-se o preconceito racial brasileiro:

A transição para o trabalho livre poderia ser feita pacificamente, pois ao contrário dos Estados Unidos, onde os negros sofriam violentas perseguições, o Brasil abrigava proprietários de ‘índole benigna’ e ‘hábitos de humanidade’. Além disso, as províncias com população escrava numerosa já estavam atraindo correntes de imigrantes, o que deixa entrever o antigo anseio [...] de fazer reverter a desproporção entre não-brancos e brancos em favor destes últimos” (AZEVEDO, 2008, p. 93).

A popularidade da tese do branqueamento não foi acidental: ela permitiu conciliar a teoria racista vigente com a realidade social brasileira, que já à época tinha uma vasta população de mulatos (SKIDMORE, 2012).

Em síntese, “o imigrante, além de vir preencher uma demanda de braços para o trabalho, teria o papel de contribuir para o branqueamento da população, ao submergir na cultura brasileira por meio da assimilação” (OLIVEIRA, 2014).

O Governo republicano deu continuidade à política migratória aberta à recepção de imigrantes iniciada no Império: o Decreto nº 58-A, de 14 de dezembro de 1889, editado menos de um mês após a Proclamação da República promoveu a naturalização dos estrangeiros residentes no Brasil⁵⁷ ao estabelecer em seu art. 1º que:

Art. 1º São considerados cidadãos brasileiros todos os estrangeiros que já residiam no Brazil no dia 15 de novembro de 1889, salvo declaração em contrario feita perante a respectiva municipalidade, no prazo de seis mezes da publicação deste decreto (BRASIL, 1889).

O Decreto nº 528, de 28 de junho de 1890, por sua vez, continuou bastante liberal à entrada de imigrantes, mas com ressalva expressa aos oriundos da África e Ásia, em continuidade à política de “branqueamento”:

Art. 1º E' inteiramente livre a entrada, nos portos da Republica, dos individuos válidos e aptos para o trabalho, que não se acharem sujeitos á acção criminal do seu paiz, **exceptuados os indigenas da Asia, ou da Africa** que sómente mediante autorização do Congresso Nacional poderão ser admittidos de accordo com as condições que forem então estipuladas (BRASIL, 1890, grifo nosso).

⁵⁷ A primeira naturalização coletiva foi feita pela Constituição de 1824 (art. 6º, IV), que naturalizou brasileiros os portugueses residentes no Brasil na época da independência.

A Constituição de 1891 constitucionalizou a política migratória xenófila aos europeus, e inseriu em seu texto “grande naturalização” promovida pelo Decreto nº 58-A, de 14 de dezembro de 1889, ao prever em seu art. 69, 4º, a concessão de cidadania brasileira automaticamente a todos estrangeiros que estivessem no Brasil em 15 de novembro de 1889 e não declarassem, dentro de seis meses após a entrada em vigor da Constituição, a vontade de conservar a nacionalidade de origem.

O art. 72, §10, do texto constitucional de 1891 reconhecia ainda o *ius migrandi* e assegurava a livre entrada em território brasileiro, independentemente de passaporte: “§ 10 - Em tempo de paz qualquer pessoa pode entrar no território nacional ou dele sair com a sua fortuna e bens, quando e como lhe convier, independentemente de passaporte” (BRASIL, 1891)⁵⁸.

Dos imigrantes que chegaram ao Brasil, grande parte participou da incipiente industrialização brasileira, como operários em um contexto de elevada exploração e pouca proteção ao trabalho, assim, integraram ativamente o movimento de trabalhadores sob influência das ideologias anarquistas e comunistas. Para que se tenha ideia da dimensão da participação de imigrantes, especialmente italianos, no movimento operário Zuleika M. F. Alvim (2000, p. 409) destaca que “entre 1890 e 1920 de todos os líderes sindicais identificados no Estado [de São Paulo], 82% eram estrangeiros e desses 61% eram italianos”.

Esta participação estrangeira nos movimentos sociais deflagrou o início das restrições à imigração na legislação brasileira. Assim, em 7 de janeiro de 1907, foi editada a primeira lei de expulsão de estrangeiros do Brasil, o Decreto nº 1.641, conhecido como “Lei Adolfo Gordo”, em referência ao deputado paulista⁵⁹ Adolfo Afonso da Silva Gordo (1858-1929) que a apresentou. Este diploma legal tinha o pretexto de resguardar a “segurança nacional” e a “tranquilidade pública” e previa que: “art. 1º O estrangeiro que, por qualquer motivo, comprometer a segurança nacional ou a tranquillidade publica, póde ser expulso de parte ou de todo o territorio nacional” (BRASIL, 1907).

Apesar do início das restrições, o estrangeiro ainda era visto como necessário ao desenvolvimento nacional e o Decreto nº 9.081, de 3 de novembro de 1911, oferecia uma série de vantagens aos estrangeiros que viessem para trabalhar como agricultores ou proprietários

⁵⁸ Com o início de uma política migratória mais restritiva, que será abordada a seguir, a desnecessidade de passaporte foi suprimida da Constituição de 1891 pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926.

⁵⁹ São Paulo era então o Estado mais industrializado do país e o que mais estava sofrendo os impactos das sucessivas greves deflagradas no início do século XX, assim, não surpreende que a legislação para expulsão dos estrangeiros “indesejáveis” tenha sido iniciativa de um parlamentar daquele Estado.

rurais⁶⁰, buscando incentivar que as migrações se direcionassem ao campo, desviando os migrantes dos centros urbanos para que não viessem a engrossar o crescente movimento operário. Neste sentido, o art. 3º do Decreto, que menciona os trabalhadores imigrantes urbanos, ressalta que todos imigrantes têm inteira liberdade de trabalho “desde que não haja offensa á segurança, á saude e aos costumes públicos” (BRASIL, 1911).

Observa-se, desta forma, que as restrições se voltavam, até então, aos imigrantes que já estavam em território brasileiro, não havendo maiores óbices à sua entrada. A partir de 1926, contudo, inicia-se a restrição à entrada no Brasil com a retirada do texto da Constituição de 1891 da desnecessidade de passaporte para ingresso no território nacional, o que se deu através da Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926.

O estrangeiro gradualmente passava — na ideologia aplicada nos marcos legais migratórios influenciada pela escalada do nacionalismo pós-primeira guerra mundial e pela crise mundial que se seguiria — de solução para causa dos problemas nacionais.

4.2 FASE DA XENOFOBIA⁶¹ RACISTA (1930-1969)

A Grande Depressão, crise mundial desencadeada com a quebra da bolsa de valores de Nova York em 1929, teve como efeito na política migratória brasileira o aprofundamento das restrições à entrada de estrangeiros, que passaram a ser diretamente responsabilizados pela situação de crise econômica e desordem social vigentes e, conforme assinala Póvoa Neto (2004, p. 17), “é notório que os imigrantes servem frequentemente como catalisadores de múltiplas frustrações, bem como de temores difusos contra ameaças dificilmente localizáveis”.

Getúlio Vargas assumiu o Governo Provisório, com a “Revolução de 1930”, em 3 de novembro daquele ano e já no mês seguinte implantou medidas restritivas à entrada de estrangeiros como o Decreto 19.482, de 12 de dezembro de 1930, que nas em suas razões deixa expressa a política migratória xenófoba que se seguiria nos próximos marcos legais:

⁶⁰ O Decreto ao fixar os auxílios estatais à fixação dos imigrantes destaca que eles serão dirigidos aos “agricultores” ou aos que queiram se estabelecer como “proprietários rurais”: “Art. 4º O Governo Federal dirige e auxilia, de accôrdo com os Estados, e sem embargo de acção identica por parte destes, a introduccção e localizaçção de immigrants que, reunindo as condiçções moraes expressas no art. 2º, **sendo agricultores** e vindo acompanhados de familia ou a chamado da mesma, **quizerem localizar-se no paiz como proprietarios ruraes**, assim como protege e guia aquelles que vierem espontaneamente e carecerem de patrocínio para a sua primeira installaçção, uma vez que possuam os requisitos exigidos dos primeiros” (BRASIL, 1911, grifo nosso).

⁶¹ Amaral e Pereira (2017, p. 444) definem a xenofobia como “a aversão a pessoas estrangeiras, gerando atitudes discriminatórias em face de indivíduos de outros países”.

CONSIDERANDO, também, que **uma das causas do desemprego se encontra na entrada desordenada de estrangeiros**, que nem sempre trazem o concurso útil de quaisquer capacidades, mas frequentemente contribuem para aumento da desordem econômica e da insegurança social” (BRASIL,1930, destaque nosso).

A Constituição de 1934, constitucionalizou essa política migratória xenófoba e de “branqueamento”, chamada eufemisticamente pelo constituinte de “integração étnica”, ao assentar em seu texto no art. 121, §6º que:

§ 6º - A entrada de imigrantes no território nacional sofrerá as restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos (BRASIL, 1934).

A Constituição de 1934 vedou ainda a concentração de imigrantes em qualquer ponto do território brasileiro⁶².

Nesse ínterim, Oswaldo Truzzi (2003, p. 250) destaca que:

Em 1937, poucos meses antes da decretação do Estado Novo, uma circular secreta expedida pelo Itamarati proibiu a concessão de vistos para todas as pessoas de ‘origem semítica’. Depois de a colônia se mobilizar e os Estados Unidos pressionarem, a entrada de judeus voltou a se normalizar às vésperas da Segunda Guerra Mundial.

Comenta Fábio Koifman (2015), no entanto, que “o projeto do Estado não era especialmente impedir a entrada de judeus. Era impedir a entrada de estrangeiros que não fossem considerados adequados para a formação étnica e eugênica do povo brasileiro”.

Com o advento do “Estado Novo”, foi outorgada a Constituição de 1937, que manteve o sistema de quotas fixados na Constituição anterior para ingresso no território brasileiro, estabeleceu ainda, em seu art. 153, que a lei deveria fixar cotas para trabalhadores brasileiros “nos serviços públicos dados em concessão e nas empresas e estabelecimentos de indústria e de comércio”, prática que já ocorria desde o Decreto nº 19.482 (BRASIL, 1930) que fixava, em seu art. 3º cota de 2/3 de brasileiros natos no quadro de trabalhadores.

⁶² “Art. 121 [...] § 7º - É vedada a concentração de imigrantes em qualquer ponto do território da União, devendo a lei regular a seleção, localização e assimilação do alienígena” (BRASIL, 1934).

Embora a nova Constituição não tenha reproduzido em seu texto a questão das medidas restritivas necessárias à “integração étnica”⁶³, isso não significou o abandono do racismo na política migratória brasileira, que se intensificou nos marcos legais que se seguiram:

A partir de 1937, após a instauração do Estado Novo, o governo brasileiro – sob o slogan ufanista ‘promover o homem trabalhador e defender o desenvolvimento e a paz social do país – encontrou uma fórmula para acobertar uma série de práticas autoritárias e racistas. O conceito político de trabalho – empregado desde as primeiras décadas do século XX pelas autoridades higienistas e eugenistas – foi (re)abilitado pelas autoridades estado-novistas como medida de avaliação social e racial. (CARNEIRO, 2003, p. 265).

O Decreto-Lei nº 406, de 4 de maio de 1938 foi o primeiro diploma legislativo pós-Constituição de 1937, a regular a entrada de estrangeiros no território nacional e trouxe severas restrições à entrada de novos imigrantes e aos que já se encontravam em território brasileiro.

O art. 1º, II, deste Decreto trazia vedação expressa à entrada de pessoas de etnia cigana, equiparando-os aos “indigentes, vagabundos” e “congêneres”⁶⁴; e o art. 40 dispunha que o Conselho de Imigração e Colonização poderia “proibir a concessão, transferência ou arrendamento de lotes a estrangeiros da nacionalidade cuja preponderância ou concentração no núcleo, centro ou colônia, em fundação ou emancipados, seja contrária à **composição étnica** ou social do povo brasileiro” (BRASIL, 1938, destaque nosso).

Quanto às restrições aos estrangeiros que já se encontravam em território nacional, destacam-se a de que o exercício do magistério e direção das escolas só poderia ser exercido por brasileiros natos (art. 41) e a de que seria proibido o ensino de idioma estrangeiro a menores de 14 anos nas escolas rurais (art. 85, §2º). Estas restrições foram aprofundadas pelo Decreto nº 7.614, de 12 de dezembro de 1938, que estabelecia em seu art. 7º que “a instrução primária será ministrada exclusivamente em Português”, inviabilizando, assim, a continuidade das escolas mantidas pelas comunidades de imigrantes.

O último marco legal do Estado Novo a regular as imigrações foi o Decreto-Lei 7.967, de 18 de setembro de 1945, que manteve a política migratória racista e restritiva, especificando a etnia europeia como a ideal: “Art. 2º Atender-se-á, na admissão dos imigrantes, à necessidade

⁶³ “Art 151 - A entrada, distribuição e fixação de imigrantes no território nacional estará sujeita às exigências e condições que a lei determinar, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinqüenta anos” (BRASIL, 1937).

⁶⁴ “Art. 1º Não será permitida a entrada de estrangeiros, de um ou outro sexo: [...] II - indigentes, vagabundos, ciganos e congêneres” (BRASIL, 1938).

de preservar e desenvolver, na composição étnica da população, as **características mais convenientes da sua ascendência européia**, assim como a defesa do trabalhador nacional” (BRASIL, 1945, destaque nosso).

Insta salientar que apesar de seu conteúdo racista, o Decreto-Lei 7.967/45 só foi revogado expressamente em 1980 pela Lei 6.815, apesar de ter sido, desde 4 de janeiro de 1969, norma inconveniente⁶⁵ com a entrada em vigor, para o Brasil, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (BRASIL, 1969).

A Constituição de 1946, apesar de seu viés democrático não rompeu totalmente com a política migratória restritiva do regime anterior. Seu art. 162, por exemplo, dispunha que: “ Art 162 - A seleção, entrada, distribuição e fixação de imigrantes ficarão sujeitas, na forma da lei, às exigências do interesse nacional”. Da possibilidade conferida ao legislador à distribuição e fixação de migrantes, subentende-se que não lhes é reconhecida a plena liberdade de locomoção pelo território nacional.

Com o pós-guerra e o advento da guerra-fria, a “segurança nacional”, que aparecia como elemento secundário, assumiu o protagonismo da política migratória, que continuou restritiva, agora não mais por motivos raciais, visto que estes cederiam espaço aos motivos ideológicos.

4.3 FASE DA SEGURANÇA NACIONAL (1969-2017?)

Como ressaltado acima, a legislação da República Velha e do Estado Novo⁶⁶ já mencionavam a segurança nacional, preocupação que permaneceu na legislação subsequente, alcançando seu auge com a Lei 6.815/80, o *Estatuto do Estrangeiro*, que esteve em vigor até 20 de novembro de 2017.

4.3.1 A doutrina de segurança nacional

A doutrina de segurança nacional, cuja principal fonte, no regime militar, foi a obra do General Golbery do Couto e Silva (1911-1987), deu suporte teórico e legitimação ideológica para a ditadura civil-militar brasileira de 1964-85 e tinha o propósito de manter o Brasil

⁶⁵ Não encontramos registro de que a inconveniente da norma tenha sido suscitada junto aos Tribunais brasileiros até sua revogação.

⁶⁶ O art. 1º, do Decreto nº 1.641, de 7 de janeiro de 1907 e o art. 11, IV, do Decreto-Lei 7.967, de 18 de setembro de 1945 já mencionam a segurança nacional como elemento da política migratória.

alinhado ao bloco capitalista no contexto bipolar da guerra fria: “o amplíssimo caráter dessa doutrina, que se confundia com uma essência da nacionalidade, espelhava-se na legislação produzida pela ditadura [...] tratava-se da lógica de um Estado policial” (FERNANDES, 2011, p. 439).

Acerca do caráter geral da doutrina, Golbery do Couto e Silva (1981, p. 325, destaque nosso) aduziu que: “sendo o planejamento de Segurança Nacional, **de caráter estratégico integral**, seu domínio abrangerá todos os quatro campos de atividades – o político, o econômico, o psicossocial e o militar”.

O general Golbery retomou ainda alguns aspectos do pensamento de Oliveira Vianna — um dos ideólogos do Estado Novo e de sua política migratória (KOIFMAN, 2015) — e sua perspectiva de que o Brasil, politicamente, oscila entre “sístoles” e “diástoles”, *i.e.*, períodos de descentralização e abertura e, de centralização e fechamento. Neste sentido, para o Golbery, o contexto da Guerra Fria era de concentração e fechamento (SILVA, 2013) para que se combatesse a “ameaça comunista”:

A América Latina – e, em seu contexto, o Brasil – por suas fraquezas econômicas, sua imaturidade política e seu baixo nível cultural, acha-se, sem dúvida alguma, extremamente vulnerável à agressão comunista, mascarada sob a forma de infiltração e subversão à distância e, pois, reforçar-lhe a capacidade de resistência eliminando as condições locais tão propícias à final implantação [...] de uma cabeça de ponte comunista ou entreposto favorável aos vermelhos é tarefa das mais relevantes e de maior urgência (SILVA, 2003, p. 141).

Embora a segurança nacional já fosse tema da política migratória, com o endurecimento do regime militar (1964-85) foi aprofundada a preocupação com ela no Decreto-Lei 941/69, que passou a definir a situação jurídica do estrangeiro após o Ato Institucional nº5 (AI-5), prevendo um procedimento sumário à expulsão do estrangeiro nocivo e reforçando “minuciosos controles no sentido de garantir a ordem pública e social do Estado, a soberania e a segurança nacional” (BEZERRA NETO, 1971, p. 13).

Finalmente, a doutrina teve seu auge na legislação migratória com a edição da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980, o “Estatuto do Estrangeiro”, que tratava o imigrante como um inimigo em potencial.

Assim, mesmo passados mais de vinte anos do fim da guerra fria e da redemocratização brasileira, a doutrina autoritária da segurança nacional se fez presente até o final de 2017 como protagonista na legislação migratória brasileira, demonstrando que a transição democrática na política para imigrantes ainda se encontra incompleta.

4.3.2 O Estatuto do Estrangeiro e a doutrina de segurança nacional

A década de 1980 foi caracterizada, no âmbito global, pela bipolaridade capitalismo/socialismo ainda no contexto da *Guerra Fria* e, no âmbito nacional, pela estagnação econômica e desemprego (FARIA, 2015).

Ao comentar a conjuntura política brasileira do início daquele período o General Golbery do Couto e Silva (1981, p. 505, destaque nosso) assinalou a importância de se reduzir o crescimento demográfico como forma de compensar a falta de crescimento econômico:

Conhecendo dificuldades em impulsionar, nesta época, o progresso do país com índices de crescimento econômico suficientes para chegar perto dos níveis de crescimento demográfico, não haverá outra solução, **senão disciplinar esse crescimento demográfico.**

Um dos meios de controle de crescimento populacional, embora não mencionado expressamente pelo general, é um maior controle sobre os fluxos migratórios que chegam: disciplina-se o crescimento demográfico ocorrido por meio da migração com a burocratização e entraves à regularização migratória.

Neste contexto de recessão econômica e bipolaridade foi editada a Lei 6.815/1980 que — de 19 de agosto de 1980 até a entrada em vigor da Lei 13.445/2017, em 21 de novembro de 2017 — permaneceu como o principal diploma normativo a regular a situação do estrangeiro no Brasil, e insere-se na lógica da “segurança nacional” do período em que foi elaborado:

Se nos dias de hoje a doutrina da segurança nacional parece ter perdido o fôlego, considerando os mais de vinte anos de vigência da ordem constitucional democrática no Brasil, em relação à imigração ela ainda se faz presente. Em detrimento do viés dos direitos humanos, a Lei nº 6.815/80 deixa muito bem sedimentada, logo em seus primeiros dispositivos, a finalidade da política imigratória: privilegiar a questão da segurança e dos interesses nacionais, bem como a proteção da ordem econômica (ANDENA, 2013, p. 99).

Um fato que deixa claro como a legislação considera os imigrantes como elementos potencialmente perigosos é o atendimento das questões referentes à imigração e estrangeiros ficar a cargo de um órgão de segurança pública, a Polícia Federal, ao invés de um órgão especializado, como seria o mais adequado a um Estado Democrático de Direito.

A presença desta doutrina autoritária pode ser exemplificada também pelo art. 18 do Estatuto, não recepcionado pela Constituição Federal de 1988, quando criou a situação em que a permanência do estrangeiro poderia ser condicionada à sua fixação em determinada região do território nacional. É possível verificar sua presença ainda em dispositivos ainda vigentes como, por exemplo, o art. 7º, II, do Estatuto que permite a avaliação fundada em estigmas ou preconceitos ao fixar critérios vagos e subjetivos para negar o visto (nocividade à ordem pública ou aos interesses nacionais). Institucionaliza-se os estrangeiros como uma categoria de “inimigos em potencial”.

A expulsão poderia decorrer de mera infração administrativa ou da condição social, não estando relacionada necessariamente à prática de infração penal: é prevista a aplicação da medida expulsória para aqueles que violarem dispositivos do Estatuto ou se entregarem à vadiagem ou mendicância⁶⁷.

Os conceitos vagos utilizados pelo legislador, como “conveniência”, “interesses nacionais” e “moralidade pública” (BRASIL, 1980) abriam uma ampla margem para o arbítrio na seleção de quais estrangeiros seriam classificados como “indesejáveis” e a expressão “de qualquer forma”, utilizada pelo legislador, afastava a necessária aplicação da proporcionalidade. Em 2004, por exemplo, em caso que gerou grande repercussão na mídia, o então Presidente da República quase expulsou do país um jornalista do *The New York Times*, Larry Rohter, por ele ter escrito uma matéria intitulada “Hábito de beber do líder brasileiro se torna preocupação nacional” (ROHTER, 2004), na qual sugeria que o presidente brasileiro fosse alcoólatra.

Em decisão liminar no *habeas corpus* impetrado em favor do jornalista, o Ministro Francisco Peçanha Martins, do Superior Tribunal de Justiça, destacou que:

O ato de concessão ou revogação de visto de permanência no país de estrangeiro, em tese, está subordinado aos interesses nacionais (art. 3º da Lei nº 6.815/80). O visto é ato de soberania. Pergunto-me, porém, se uma vez concedido poderá ser revogado pelo fato do estrangeiro ter exercido um direito assegurado pela Constituição, qual o de externar a sua opinião no exercício de atividade jornalística, livre de quaisquer peias? Estaria tal ato administrativo a salvo do exame pelo Judiciário?

Neste caso penso que não. É que no Estado Democrático de Direito não se pode submeter a liberdade às razões de conveniência ou oportunidade da Administração. E aos estrangeiros, como aos brasileiros, a Constituição assegura direitos e garantias fundamentais descritos no art. 5º e seus incisos, dentre eles avultando a liberdade de expressão (BRASIL, 2004).

⁶⁷ Art. 65, parágrafo único, da Lei 6.815/1980 (BRASIL, 1980).

O mérito do *habeas corpus* restou prejudicado diante da revogação, pelo governo brasileiro, do cancelamento do visto para reduzir o desgaste causado pela má repercussão do caso no Brasil e no exterior, após a retração de Larry Rohter que afirmou não ter tido a intenção de ofender o Presidente (MAIA; SANDRINI; MIGNONE, 2004).

Ainda que resolvido, o caso evidenciou, na prática, a possibilidade que o *Estatuto do Estrangeiro* abria a medidas arbitrárias para expulsar, em nome da “segurança nacional” quem se tornasse “inconveniente” a quem esteja no exercício do Poder.

Em síntese, é possível verificar que a segurança nacional sempre esteve presente na política migratória brasileira, mas sob diferentes perspectivas: num primeiro momento, a presença de imigrantes era útil à segurança nacional, pois ocupariam as vastas porções territoriais ainda vagas, garantindo-lhes a posse, e poderiam compor a fileira de soldados para garantir a defesa do país. Em um momento histórico posterior, a presença dos imigrantes passou a ser vista como uma ameaça a esta segurança, que outrora eles eram responsáveis por garantir, e o estrangeiro passou a ser encarado pela legislação como “inimigo em potencial”.

No atual contexto mundial de recrudescimento dos conflitos armados, terrorismo e criminalidade transnacionais, a segurança nacional não perdeu sua relevância e continua a ser tema que deve se fazer presente na política migratória, mas como seu elemento e não mais como seu núcleo, que deveria ser, a partir da Constituição de 1988, o de respeito aos direitos humanos.

4.3.2.1 A criminalização das migrações

Como já ressaltado acima, com a entrada em vigor da Lei 6.815/1980, o “Estatuto do Estrangeiro, a doutrina de segurança teve seu auge na legislação imigratória e marca presença em diversos dispositivos segregacionistas, arbitrários e com a previsão de uma série de crimes próprios de estrangeiros, muitos dos quais não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988.

A imigração em si não era criminalizada e a imigração não documentada era considerada como infração administrativa (art. 125, da Lei 6.815/80) e não penal, mas embora não houvesse criminalização das migrações, a política migratória brasileira mantinha resquícios autoritários que convergiam com os objetivos da política criminal em selecionar os indivíduos “indesejáveis”, que deveriam ser excluídos do grupo de cidadãos, dos quais enumeramos:

a) Como consequência do contexto da Guerra Fria, o imigrante é tratado pela Lei 6.815/80 como inimigo em potencial ou, nas palavras de Maritza Ferretti (2002, p. 139), “potencial subversivo” e que precisaria ficar sob permanente controle e vigilância, o que pode

ser exemplificado pelo art. 18 da lei, não recepcionado pela Constituição de 1988, e que, para facilitar esta vigilância, estabelecia que a permanência do estrangeiro poderia ser condicionada à sua fixação em determinada região do território nacional.

b) Os procedimentos burocráticos relativos à imigração e o primeiro atendimento a quem busca asilo ou refúgio são atribuições da Polícia Federal, órgão de segurança pública também responsável pela repressão à criminalidade transnacional. No Brasil, assim, a migração é ainda tratada como caso de polícia e César Augusto S. da Silva (2015, p. 229) chama a atenção para o fato de que: “as polícias nacionais tendem para uma interpretação restritiva das normas que beneficiam imigrantes e/ou refugiados, no contexto da ‘securitização das migrações’ após os atentados terroristas nos Estados Unidos e na Europa”.

c) Ampla discricionariedade atribuída às autoridades administrativas para concessão de vistos, naturalização⁶⁸ e para expulsão e deportação, com o uso, na legislação, de termos vagos, como “conveniência ao interesse nacional”, “segurança nacional”, “ordem política ou social”, dentre diversos outros, recorrentes no *Estatuto do Estrangeiro* e que abrem um amplo espectro de interpretações, o que não ocorre (ou não deveria ocorrer) no Direito Penal onde vige o princípio da legalidade estrita. Assim, embora tanto o direito penal como o direito relativo às migrações excluam alguns indivíduos do grupo dos cidadãos, “na legislação migratória, o poder soberano tem maior discricionariedade para decidir quem pode ser excluído do território nacional e destituído da própria condição de membro da sociedade” (MORAES, 2016, p. 221).

d) Vedação legal de regularização da situação migratória irregular, salvo anistia concedida em lei. A inexistência de alternativa administrativa traz, assim, implícita a mensagem de que estas pessoas devem se manter na clandestinidade como única alternativa à deportação e esta clandestinidade, por seu turno, acentuam a sua vulnerabilidade, o distanciamento entre eles e os nacionais e ainda deixa evidente a impossibilidade de integração e aceitação plena destes imigrantes pela sociedade até que sobrevenha anistia, o que tem ocorrido, apenas a cada 10 anos, aproximadamente.

Este rol, não taxativo, mostra que havia até recentemente diversos aspectos da política migratória que convergiam com a política criminal e que, por incompatíveis com o regime constitucional inaugurado em 1988, há muito já deveriam ter sido superados.

⁶⁸ O art. 121 da Lei 6.815/80 prevê que a naturalização poderá ser negada ainda que satisfeitos os requisitos legais: Art. 121. A satisfação das condições previstas nesta Lei não assegura ao estrangeiro direito à naturalização.

4.3.2.2 Crimes próprios de estrangeiros

O *Estatuto do Estrangeiro* traz nos arts. 106 e 107, c/c art. 125, XI, um rol de crimes próprios, *i.e.*, que exigem a qualidade de “estrangeiro” do sujeito ativo para se configurarem.

Diversos destes dispositivos, não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, por contrariarem direitos fundamentais estendidos também aos estrangeiros pelo *caput* do art. 5º do texto constitucional: o art. 106, I a VI e VIII do Estatuto traz uma série de restrições profissionais a estrangeiros, como por exemplo a vedação para que atue como “prático de barras, portos, rios, lagos e canais” (inciso VIII), o que contraria o direito de liberdade de exercício de trabalho ou profissão previsto no art. 5, XIII, da Constituição; o inciso VII, do art. 106, por seu turno, veda ao estrangeiro “a administração ou representação de sindicato ou associação profissional, bem como de entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada”, o que contraria a plena liberdade de associação para fins lícitos previstas no art. 5º, XVII a liberdade sindical presente no art. 8º, *caput*, que prevê ser “livre a associação profissional ou sindical”; os incisos IX e X do mesmo art. 106 entendemos igualmente não recepcionados por violarem, respectivamente, o direito de liberdade de comunicação (art. 5º, IX, da CF/88) ao vedar que estrangeiro mantenha ou opere aparelho de radiodifusão, telegrafia ou similar e o direito de liberdade religiosa e de assistência em estabelecimentos de internação coletiva (art. 5º, VI e VII, da CF/88) ao vedar ao estrangeiro que preste assistência religiosa às Forças Armadas e auxiliares e também nos estabelecimentos de internação coletiva e o direito.

O art. 107, do *Estatuto do Estrangeiro*, por fim, veda ao estrangeiro o exercício de atividade de natureza política no sentido de organizar, criar ou manter sociedade ou quaisquer entidades de caráter político (inciso I) ou organizar desfiles, passeatas, comícios e reuniões de qualquer natureza para fins políticos (inciso III), o que contraria frontalmente os direitos de livre manifestação do pensamento, liberdade de expressão e de reunião.

Em que pese a não recepção destes dispositivos pelo novo ordenamento constitucional, a sua permanência na legislação ainda serve como justificativa “legal” para medidas arbitrárias de coação aos imigrantes, por exemplo:

Em maio de 2016, uma professora italiana de direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Maria Rosária Barbato foi intimada para prestar esclarecimentos na Polícia Federal sobre suas atividades políticas referentes à sua participação nas eleições do Sindicato dos Professores das Universidades Federais de Belo Horizonte e Montes Claros.

O inquérito contra a professora foi suspenso por liminar no *habeas corpus* 27.270-21.2016.4.01.3800/MG, da 9ª Vara Federal de Belo Horizonte/MG, impetrado pelo Ministério Público Federal de Minas Gerais (2016, *online*).

Na mesma linha, e com o objetivo de intimidar a participação de estrangeiros em manifestações políticas contra o *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff, a Federação Nacional dos Policiais Federais (FENAPEF), em 16 de abril do mesmo ano de 2016 lançou nota para “informar sobre a proibição legal da participação de estrangeiros em manifestações políticas no Brasil” e que “os estrangeiros que forem encontrados participando das mobilizações do *impeachment* presidencial devem ser detidos e encaminhados à Polícia Federal” (FENAPEF, 2016, *online*).

Os dois casos demonstram a importância da revogação expressa dos dispositivos criminalizantes do *Estatuto do Estrangeiro*, ocorrida com o advento da Lei 13.445/2017, a fim de que a criminalização das migrações deixe de ser definitivamente usada como instrumento de coação (especialmente política) e de insegurança jurídica para os imigrantes.

No contexto mundial atual de recrudescimento dos conflitos armados, do terrorismo e da criminalidade transnacional, a segurança nacional não é irrelevante e continua a ser tema que deve se fazer presente na política migratória, mas como um de seus elementos, e não mais como seu núcleo, que deverá agora ser, como proposto pela nova Lei de Migração, o de respeito aos direitos humanos.

5 A POLÍTICA MIGRATÓRIA BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA E A SUA TRANSIÇÃO PARA UMA FASE DE DIREITOS HUMANOS

A redemocratização ocorrida com o fim do regime militar (1964-1985) não significou rompimento com a política migratória restritiva anterior e os direitos humanos permaneceram, ausentes do principal marco legal em vigência no Brasil, a Lei 6.815/1980.

Apenas em 21 de novembro de 2017, com a entrada em vigor da Lei 13.445/2017, a Nova Lei de Migração, os direitos humanos tornaram-se tema central da política migratória brasileira. A partir dessa nova orientação legal, o país não apenas entra em uma rota de reversão de sua orientação restritiva, como também sinaliza o interesse de aproximação e conexão às diretivas dos Direitos Humanos no trato da questão migratória.

5.1 O ESTRANGEIRO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O texto constitucional não positivou, de forma expressa, os objetivos da política migratória brasileira, mas desde o preâmbulo, o constituinte de 1988 se propôs expressar os valores de "uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos" (BRASIL, 1988) e elencou, como objetivo fundamental República Federativa do Brasil: "Art. 3º [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos **de origem**, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (BRASIL, 1988, destaque nosso).

Em seguida, como princípios que regem as relações internacionais do Brasil, previstos no art. 4º, há a "II - prevalência dos direitos humanos;" e a busca pela "integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações" (BRASIL, 1988).

O constituinte, de maneira implícita, reconheceu ainda a importância da participação dos braços migrantes na construção do Brasil ao estabelecer, no art. 242, §1º que: "ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro" (BRASIL, 1988).

Ao considerar a formação multicultural do povo brasileiro, a Constituição atribuiu elevada importância a que se dê conhecimento sobre os povos que contribuíram para a formação do Brasil, e dentre os quais os imigrantes, vindos das mais diversas partes do globo ao longo da história, compõem parcela significativa.

Infere-se, desta maneira, que uma política migratória restritiva, não acolhedora e xenófoba não poderia ser compatível com o ordenamento constitucional, mas, a

redemocratização ocorrida em 1985 e a Constituição Federal de 1988 não lograram romper, até recentemente, com a política migratória do Estado policial que as antecedeu:

A Lei 6.815/1980, o *Estatuto do Estrangeiro* — inserido na lógica da “segurança nacional” do período em que foi elaborado — seguiu vigente até 21 de novembro de 2017 com a entrada em vigor da Lei 13.445/2017, que finalmente trouxe uma perspectiva humanizante e constitucionalmente adequada à política migratória brasileira.

5.1.1 Direitos dos estrangeiros e seus limites na Constituição

Seguindo a tradição das constituições que a antecederam, a Constituição de 1988 ao se referir aos direitos e garantias fundamentais fez remissão apenas aos estrangeiros “residentes no País”⁶⁹, o que impede que se analise o alcance dessa expressão empregada no texto constitucional:

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 (BRASIL, 1988, destaque nosso).

Interpretação descontextualizada e literal desse dispositivo constitucional levaria à inaceitável conclusão de que os estrangeiros não residentes, ainda que em território nacional, estariam alijados de quaisquer dos direitos e garantias fundamentais.

À luz da sistemática constitucional de Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 3º, III) e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), verifica-se que o constituinte na redação do *caput* do art. 5º *dixit minus quam voluit*. Neste sentido, José Afonso da Silva (2005, p. 339) ressalta que: “por esse lado, o texto do art. 5º não é bom, porque abrange menos do que a Constituição dá”.

A expressão “residentes no País”, todavia, encontra-se no texto constitucional e não pode ser descartada pelo intérprete (SARLET, 2015), mas deve interpretada à luz da sistemática constitucional.

Para Celso Ribeiro Bastos (1989), o sentido da expressão foi demarcar o limite da atuação estatal brasileira, que só poderá agir em face dos que entrem em contrato com seu ordenamento jurídico. Na mesma linha, Pinto Ferreira (1989, p. 59) destaca que “o sentido da

⁶⁹ As Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 usaram a expressão “estrangeiros residentes no País” ao se referir a seus direitos, o que fizeram, respectivamente, em seus arts. 72, 113, 122, 141 e 150.

expressão ‘estrangeiro residente’ deve ser interpretado para significar que a validade e fruição legal dos direitos fundamentais se exercem dentro do território brasileiro”.

A universalidade dos direitos fundamentais, que decorre da dignidade da pessoa humana, não autoriza a exclusão dos estrangeiros não residentes, ou qualquer outra pessoa, do gozo e garantia de direitos sob a ordem constitucional brasileira.

Neste sentido, inclusive, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, quando no julgado, em 7 de abril de 2008, do *habeas corpus* nº 94.016, de relatoria do Ministro Celso de Mello, asseverou que:

O fato de o paciente ostentar a condição jurídica de estrangeiro e de não possuir domicílio no Brasil não lhe inibe, só por si, o acesso aos instrumentos processuais de tutela da liberdade nem lhe subtrai, por tais razões, o direito de ver respeitadas, pelo Poder Público, as prerrogativas de ordem jurídica e as garantias de índole constitucional que o ordenamento positivo brasileiro confere e assegura a qualquer pessoa (BRASIL, 2008).

Em síntese, a Constituição coloca a igualdade de tratamento e a vedação à discriminação entre brasileiros e estrangeiros como regra, mas seu texto reserva alguns direitos aos nacionais, como o acesso a cargos estratégicos (art. 12, §3º) e confere direitos de cidadania apenas aos brasileiros quando veda ao estrangeiro o alistamento eleitoral no art. 14, §2º:

Os estrangeiros não dispõem de direitos políticos, não podendo votar ou ser eleitos para cargos políticos. Não podem exercer outros direitos de cidadania como a propositura de ação popular e a subscrição de projetos de lei de iniciativa popular (MENDES; BRANCO, 2014).

Esta negativa de participação política a quem escolheu viver e trabalhar no Brasil e, portanto, tem interesse nos assuntos políticos, cria um verdadeiro déficit democrático (BARALDI, 2011).

Houve, pelo menos, três propostas de Emenda à Constituição que visavam a assegurar o direito de voto aos estrangeiros⁷⁰, mas nenhuma logrou avançar e os estrangeiros continuam sem poder influenciar no rumo das decisões que lhes dizem respeito.

No plano regional, o Brasil é o único Estado-Parte do MERCOSUL que não permite que estrangeiros tenham voz nos assuntos públicos, em qualquer âmbito, através do voto⁷¹: Bolívia e Paraguai permitem o voto na esfera municipal; Argentina e Venezuela permitem nas

⁷⁰ PEC 14/2007, 88/2007 e 25/2012 (BRASIL, 2014).

⁷¹ As constituições da Argentina, Paraguai, Uruguai, Venezuela e Chile autorizam e/ou regulam o direito a voto por estrangeiros em seus arts. 20, 120, 78 e 64, 14, respectivamente.

esferas estadual e municipal; e o Uruguai e Chile permitem o exercício do voto pleno, em todos os âmbitos (municipal, estadual e federal).

A cidadania, construída pela participação política, além de possibilitar a defesa e promoção dos interesses dos diversos grupos que compõem a população, possibilitará que o imigrante se torne um interlocutor e não mero objeto de políticas públicas, o que caracterizará a transição de um multiculturalismo de convivência de culturas, sem trocas, mas com imposições, para um multiculturalismo progressista com diálogo transcultural.

5.1.2 A política migratória sob a Constituição de 1988: “atalhos” para sua humanização

Como mencionado acima, da redemocratização até a entrada em vigor da Lei 13.445/2017, o Brasil convivia com o paradoxo da aplicação de uma política migratória restritiva — que tinha como marco legal a Lei 6.815/1980, baseada na doutrina autoritária da segurança nacional — em um contexto de Estado Democrático de Direito.

Este paradoxo foi enfrentado pelo Estado brasileiro em suas tentativas de humanizar sua política migratória — atualizando-a ao novo contexto social, jurídico e político — com a aplicação de anistias e as resoluções normativas do Conselho Nacional de Imigração (CNIg), que buscaram regularizar situações migratórias irregulares e propiciar acesso dos migrantes ao mercado de trabalho.

5.1.2.1 As anistias (1981-1989-1998-2009)

A Lei 6.815/1980 não permitia a regularização do imigrante em situação migratória irregular, conforme preceituava seu art. 38: “art. 38. É vedada a legalização da estada de clandestino e de irregular, e a transformação em permanente, dos vistos de trânsito, de turista, temporário (artigo 13, itens I a IV e VI) e de cortesia” (BRASIL, 1980).

A única possibilidade de regularização do *status* migratório para aqueles que tenham entrado no Brasil de forma clandestina ou permanecido além do tempo permitido, era a concessão de anistia concedida por meio de lei.

A inexistência de alternativa administrativa trazia, assim, implícita a mensagem de que estas pessoas devem se manter na clandestinidade para que pudessem continuar a viver no Brasil.

Essa clandestinidade “imposta”, por seu turno, acentuava ainda mais a vulnerabilidade dos imigrantes, que não teriam, assim, acesso a serviços e itens básicos, como abrir uma conta bancária ou alugar um imóvel e ficariam à mercê do empregador, não podendo pleitear seus direitos trabalhistas, como o registro em carteira, submetendo-se ao arbítrio, inclusive de autoridades, sob pena de terem revelada sua situação irregular.

Nesse sentido Sidney A. Silva (2003: p. 296) observa que:

Para estes imigrantes as duas únicas possibilidades previstas pela lei para regularizarem-se são: ter um filho no Brasil ou casar-se com cônjuges brasileiros (as).

Esta situação de vulnerabilidade se aprofunda ainda mais quando estes imigrantes ficam doentes, pois na condição de indocumentados eles não procuram os serviços médicos públicos com medo de serem descobertos e, conseqüentemente, expulsos do país.

Havia na Lei uma forte intolerância com a imigração informal, que revelava, por consequência, uma tolerância com a informalidade laboral.

As várias anistias concedidas pelo governo brasileiro em 1981, 1989, 1998 e 2009, por intermédio das Leis 6.964/1981, 7.685/1988, 9.675/98⁷² e 11.961/2009, respectivamente, foram usadas como medidas saneadoras do problema dos indocumentados, mas “as estimativas relativas aos imigrantes em situação irregular no Brasil estão sempre bem acima dos números resultantes de cada processo de anistia” (MILESI; ANDRADE, 2016).

O número de beneficiários das anistias poderia ser ainda maior se tivessem sido focados também os entraves à regularização concedida por lei: a indocumentação barateia a mão-de-obra para o empregador, por isso não é por eles incentivada, e há ainda falta de informação sobre o procedimento na comunidade de imigrantes, altos custos e a alta burocracia exigida para a regularização.

Ana Cristina Braga Martes (2009, p. 20) enumerou os seguintes fatores como os principais entraves à plena regularização dos imigrantes por meio das anistias:

- a) Morosidade no processo: o pedido é enviado para a PF local, depois para a PF em Brasília e, em seguida, para o Ministério da Justiça, onde são expedidos os vistos de permanência.
- b) Dificuldade de comprovação de renda/trabalho: os empregadores se negam a expedir o documento temendo fiscalização do Ministério do Trabalho ou reivindicações dos empregados.

⁷² A Lei 9.675/98 foi regulamentada pelo Decreto 2.771, de 8 set. 1998.

c) Custos da documentação: cerca de R\$ 120 por pessoa (US\$ 60). Se a pessoa foi autuada anteriormente pela PF, com as multas chega-se a R\$ 1.000 (cerca de US\$ 500).

O número crescente de indocumentados abrangidos pelas anistias, embora demonstrassem uma intenção oficial do governo brasileiro de lidar com o problema da indocumentação, não passaram de “medidas paliativas com efeito limitado” (SILVA, 2003, p. 298) que revelaram a continuidade do problema ao longo do tempo e a necessidade de uma política migratória mais inclusiva e que combatesse as causas da indocumentação.

5.1.2.2 As resoluções do Conselho Nacional de Imigração

O Conselho Nacional de Imigração (CNIg) foi criado pela Lei 6.815/1980⁷³ e tem sua organização e funcionamento regulados pelo Decreto nº 840 de 22 de junho de 1993, cabendo-lhe, dentre outras funções, “formular a política de imigração”, “coordenar e orientar as atividades de imigração” e “dirimir as dúvidas e solucionar os casos omissos, no que diz respeito a imigrantes” (BRASIL, 1993). Assim, em termos institucionais, cabe ao CNIg coordenar as ações das diversas instituições (Ministérios e autarquias) envolvidas com a migração.

Além da coordenação das atividades migratórias em conjunto com as demais instituições, ao CNIg cabe solucionar os casos omissos pela legislação, o que faz através de suas resoluções normativas:

A competência do CNIg para solucionar casos omissos é o instrumento que possibilitou a sistematização de situações importantes não previstas na legislação de imigração, como o visto para tratamento de saúde e o visto para companheiro(a), independentemente de orientação sexual. (SANTOS; ASSUNÇÃO, 2016).

As Resoluções Normativas do CNIg (BRASIL, 2017) foram o instrumento utilizado para adequar a política migratória às políticas econômicas e às exigências de direitos humanos e tornaram-se a solução viável, até que houvesse a reforma legislativa, ao atendimento de novas demandas surgidas com a presença de imigrantes no Brasil em um contexto bastante diferente de quando o *Estatuto do Estrangeiro* foi elaborado:

⁷³ A redação original do art. 128 da Lei 6.815 dispunha que: “art 128. Fica criado o Conselho Nacional de Imigração, vinculado ao Ministério do Trabalho, a quem caberá, além das atribuições constantes desta Lei, orientar, coordenar e fiscalizar as atividades de imigração” (BRASIL, 1980).

Enquanto não se der a mudança na legislação [...] o Conselho Nacional de Imigração continua sendo fundamental para o *aggiornamento* da legislação migratória e para respostas rápidas a crises, como se deu no caso haitiano (SPRANDEL, 2015, p. 54).

Assim, a partir da década de 1990, com a abertura da economia nacional ao capital estrangeiro e as privatizações, o CNIg adequa a política migratória à política econômica que estava em curso, flexibilizando as normas de imigração de gestores:

É fato notório que a partir da década de 90 inicia-se um ciclo de abertura da economia nacional para capitais estrangeiros e de privatizações de empresas estatais. A flexibilização das normas de imigração de gestores não por coincidência inicia-se nesse período, com a remoção dos desestímulos para a expatriação.

É possível notar que houve inúmeras normas a regulamentar o tema da imigração de gestores em um curto espaço de tempo. (BOUCINHAS FILHO; BARBAS, 2013).

Observa-se, por exemplo, que as Resoluções Normativas (RN) nº 18, 62 e 63 tiveram o claro objetivo de sintonizar a política migratória com a política econômica que vinha sendo implementada, o que, todavia, não limita a atuação do CNIg, que tem também se utilizado das RN para adequar a legislação obsoleta sobre migrações à Constituição Federal de 1988 e a prevalência que ela deu aos direitos humanos.

Neste contexto, destacam-se as Resoluções Normativas nº 97, de 12 de janeiro de 2012; nº 108, de 12 de fevereiro de 2014 e nº 122, de 3 de agosto de 2016.

A RN 97 previu que, por razões humanitárias, pode ser concedido ao nacional haitiano visto com duração de 5 anos, limitada a concessão a 1.200 vistos humanitários anuais, tal limite, todavia, foi abolido pela RN nº 102, de 2013.

O *Estatuto do Estrangeiro* não oferecia solução adequada à acolhida dos haitianos vindos ao Brasil, muitos pela ação de “coiotes”, após a crise humanitária deflagrada pelo terremoto que assolou aquele país em 2010, porque não se enquadravam nas hipóteses ordinariamente previstas para a concessão de vistos e aos que tivessem ingressado de forma irregular não haveria possibilidade de regularização de sua situação imigratória. Conforme observa Maria Rita Fontes Faria (2015): “o caso haitiano expôs [...] as contradições da política migratória nacional”.

A RN nº 108, por sua vez, trata da “concessão de visto temporário ou permanente e permanência definitiva a título de reunião familiar”, havendo que se destacar que a resolução permite que o visto seja concedido a cônjuge ou companheiro (a) independente de sexo.

Com essa resolução normativa, o CNIg assegura o direito de reunificação familiar, previsto no art. 44, 2 da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 1990⁷⁴ da ONU, ainda não ratificada pelo Brasil;

A RN nº 122, de 3 de agosto de 2016, por fim “dispõe sobre a concessão de permanência no Brasil a estrangeiro considerado vítima de tráfico de pessoas e/ou de trabalho análogo ao de escravo”. Esta norma, baseando-se no princípio da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho, garante que o trabalhador não se torne vítima duas vezes, ao se tornar ilegal pelo simples fato de se cessar o vínculo com seus algozes. Esta Resolução foi de fundamental importância para que as vítimas pudessem pleitear reparação por seus direitos violados.

A fim de atender ao expressivo número de imigrantes oriundos da Venezuela que cruzaram a fronteira norte do Brasil, principalmente por Pacaráima, Roraima, em decorrência da crise econômica e política daquele país, o CNIg editou a RN nº 126, de 2 de março de 2017, e estendeu o visto humanitário aos venezuelanos ao estabelecer a possibilidade de “ser concedida residência temporária, pelo prazo de até 2 anos, ao estrangeiro que tenha ingressado no território brasileiro por via terrestre e seja nacional de país fronteiriço, para o qual ainda não esteja em vigor o Acordo de Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL e países associados⁷⁵”. A Resolução, todavia, não teve pleno êxito em regularizar o fluxo migratório venezuelano pois, segundo Jarochinski Silva (2018, p. 644):

Demorou bastante tempo para ser realizada, pois o fluxo se inicia em 2015 e somente em 2017 a resolução foi publicada. Além disso, vários dias passaram-

⁷⁴ Artigo 44º [...] 2. Os Estados Partes adoptam todas as medidas que julguem adequadas e nas respectivas esferas de competência para facilitar a reunificação dos trabalhadores migrantes com os cônjuges, ou com as pessoas cuja relação com o trabalhador migrante produza efeitos equivalentes ao casamento, segundo a legislação aplicável, bem como com os filhos menores, dependentes, não casados (ONU, 1990).

⁷⁵ A Resolução não faz referência expressa à Venezuela — talvez para evitar repercussões políticas/diplomáticas negativas em relação àquele país, ou para evitar as críticas de que se estaria privilegiando apenas uma população específica — mas sua descrição deixa evidente que é aos venezuelanos que se refere: apenas a Venezuela, Suriname e Guiana são fronteiriços com o país e não são partes do Acordo de Residência do MERCOSUL e desses, apenas a Venezuela mantém fluxo migratório contínuo para o Brasil que necessita de acolhida humanitária.

se após a publicação da resolução para que ela fosse requerida por algum migrante, pois a divulgação do documento foi pequena, pouco atingindo ao grupo para o qual ela foi criada.

Conforme demonstram os exemplos acima colacionados, o Brasil buscou humanizar sua política migratória, que permaneceu por bastante tempo, durante o regime democrático, regida por uma legislação altamente restritiva, através da atuação do CNIg, todavia, apesar de seu importante papel na promoção dos direitos humanos dos migrantes, sua atuação foi reativa (*post factum*) e limitada pela lei vigente.

Apesar das limitações, o conteúdo das Resoluções Normativas que visavam a alinhar a política migratória à Constituição e ao regime de direitos humanos, lograram influenciar na humanização da política migratória brasileira e foi incorporado pela Lei 13.445/2017, a nova Lei de Migração:

Foi criado pela nova lei o visto de acolhida humanitário (art. 14, c), tema da RN 97, agora não mais limitado a um caso específico; a reunião familiar, tema da RN 108, também foi incluída pela lei como modalidade de visto e, por fim; a lei possibilitou a autorização de residência a quem “tenha sido vítima de tráfico de pessoas, de trabalho escravo ou de violação de direito agravada por sua condição migratória” (BRASIL, 2017), abrangendo de forma mais ampla, o conteúdo da RN 122.

5.2 LEI 13.445/2017: A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO

Apesar de ser um diploma legal restritivo e da redemocratização ocorrida durante sua vigência, o *Estatuto do Estrangeiro* permaneceu por quase 30 anos como o principal diploma normativo brasileiro sobre migrações.

Sérgio Buarque de Holanda (2012) apresenta a cordialidade⁷⁶ como uma qualidade específica do brasileiro e descreve, por meio do *homem cordial*, — que a usa como artifício de comportamento — a maneira como são construídas as relações sociais no Brasil:

A lhaneza no trato, a **hospitalidade**, a generosidade, virtudes tão gabadas por estrangeiros que nos visitam, representam, com efeito, um traço definido do caráter brasileiro, na medida, ao menos, em que permanece ativa e fecunda a influência ancestral dos padrões de convívio humano, informados no meio rural e patriarcal. Seria engano supor que essas virtudes possam significar

⁷⁶ Cordialidade na acepção do autor não pressupõe bondade, mas o domínio do campo emocional sobre o racional.

“boas maneiras”, civilidade. São antes de tudo expressões legítimas de um fundo emotivo extremamente rico e transbordante.

[...]

Nossa forma ordinária de convívio social é, no fundo, justamente o contrário da polidez. **Ela pode iludir na aparência — e isso se explica pelo fato de a atitude polida consistir precisamente em uma espécie de mímica deliberada de manifestações que são espontâneas no “homem cordial”** (HOLANDA, 2012, destaque nosso).

A “lhaneza” /afabilidade do *homem cordial* pode, assim, esconder a indiferença pelas desigualdades sociais e, neste sentido, a cordialidade brasileira ocultou a xenofobia que, por muito tempo, caracterizou a política migratória brasileira e, dessa forma, o mito do Brasil como país acolhedor de povos de todas nacionalidades prejudicou uma conscientização e discussão mais tempestivas sobre a discriminação e restrição a direitos sofridas pelos imigrantes, amparadas pela legislação.

Em suma, a ideia disseminada amplamente de que o Brasil, por sua própria formação multicultural, sempre foi um país receptivo e com povo acolhedor, contribuiu para que se deixasse de lado, por muito tempo, a necessária discussão sobre a abertura da política migratória restritiva que ainda tratava os imigrantes como inimigos em potencial.

A fim de dar conta das novas demandas migratórias apresentadas ao Estado brasileiro e de afinar a política migratória ao regime democrático — que impõe que o ser humano seja o fim das políticas estatais e não mais meio pelo qual o Estado desenvolve suas políticas, como a segurança nacional — foram debatidas propostas de um novo marco legal que deveria substituir o *Estatuto do Estrangeiro*.

Antes da atual Lei de Migração, originada do Projeto de Lei do Senado nº 288/2013, destacaram-se, como tentativas legislativas de se humanizar a política migratória brasileira, o Projeto de Lei 5.655/2009, enviado pelo Poder Executivo e o Anteprojeto de Lei de Migração, proposto por uma comissão de especialistas criada pelo Ministério da Justiça, por meio da Portaria nº 2.162/2013:

O Projeto de Lei 5.655/2009 visava a atualizar o *Estatuto do Estrangeiro* e ainda tratava das migrações como tema de segurança nacional, mas integrada à política nacional de direitos humanos e a regularização migratória continuaria burocratizada. O Anteprojeto de Lei de Migração visava a tratar as migrações como tema de direitos humanos, promover a entrada regular e a regularização documental e incluía os emigrantes na elaboração da política migratória, aspectos que a assemelham à Lei 13.445/2017. O Anteprojeto, todavia, previa um avanço não incorporado à atual lei em vigor, que fragmenta a execução da política migratória

em órgãos estatais diversos: a criação de um órgão estatal especializado para atendimento dos migrantes.

A demora para se reformular a legislação migratória, apesar das iniciativas neste sentido, decorre, segundo César Augusto S. da Silva (2015, p. 186), de uma falta de vontade política nesse sentido: “parece existir falta de vontade política e de consenso entre os diferentes atores políticos para aprovação de uma reforma no Congresso Nacional e no Poder Executivo, pelo menos desde o início da década de 90”.

Em 2013 foi proposta uma nova lei de migração por meio do Projeto de Lei do Senado nº 288, de autoria do senador Aloysio Nunes. Em agosto de 2015, o projeto foi aprovado pelo Senado e seguiu para a Câmara, onde tramitou como PL 2.516/2015, sob relatoria do deputado Orlando Silva.

Aprovado pelo plenário da Câmara, em dezembro de 2016 o projeto retornou para análise do Senado. O relator então designado foi o senador Tasso Jereissati, que apresentou um texto bastante similar ao aprovado pela Câmara:

Entre as alterações feitas pelo relator no texto da Câmara dos Deputados, está a retirada de um inciso que inclui a proteção ao mercado de trabalho nacional. Para o senador, “essa diretriz é dúbia”, pois o mercado de trabalho não deve ser fechado e a migração é um fator de seu desenvolvimento. Também foram mantidas partes do texto original que tratam da expulsão do migrante e que foram retiradas no substitutivo da Câmara. Dessa forma, caberá à autoridade competente resolver sobre a expulsão, sua duração ou suspensão, e sobre a revogação de seus efeitos (BAPTISTA; VILAR, 2017).

O projeto substitutivo apresentado pela Câmara dos Deputados (SCD 7/2016) ao projeto original do Senado (PLS 288/2013) foi aprovado em 18 de abril de 2017 e seguiu para sanção presidencial. Foram vetados, pelo Presidente, 18 dispositivos.

Finalmente, em 25 de maio de 2017, foi publicada no Diário Oficial da União a Lei nº 13.445, que instituiu a nova Lei de Migração e dispõe “sobre os direitos e deveres do migrante e do visitante, regula sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante” (BRASIL, 2017).

A nova lei, que teve *vacatio legis* de 180 dias, entrou em vigor em 21 de novembro de 2017 e, ao substituir a Lei 6.815/1980, visou a colocar a política migratória brasileira em acordo com a Constituição de 1988 e em seu art. 3º trouxe a base principiológica da política migratória brasileira, que deverá ser regida pela “universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos” (BRASIL, 2017).

A lei, ao situar topograficamente os princípios humanizantes logo em seu início, no art. 3º, destacou-os, como parâmetros hermenêuticos da lei e alinhou axiologicamente a política migratória ao regime jurídico-constitucional de prevalência dos direitos humanos.

Em relação ao marco legal que a antecedeu (Lei 6.815/1980), a Nova Lei da Migração pode ser considerada como um avanço para reversão da política migratória restritiva anterior, pois “troca as restrições pelos princípios e a segurança nacional pelos direitos humanos” (VEDOVATO; ASSIS, 2018, p. 606), como pode ser observado pela comparação, no quadro abaixo:

QUADRO COMPARATIVO

Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro) e Lei 13.445/2017 (Nova Lei de Migração)

Lei 6.815/1980	Lei 13.445/2017
Em desacordo com o regime constitucional democrático e tratados de direitos humanos, tratava o migrante como um inimigo em potencial	Oficializa uma nova postura do Estado brasileiro de proteção dos direitos humanos dos migrantes, compatibilizando a política migratória com o regime constitucional democrático e de prevalência dos direitos humanos
Tratava de estrangeiros	Trata de migrantes (inclusive emigrantes)
Migração é tema de segurança nacional (art. 2º)	Migração é tema de direitos humanos (art. 3º, I)
A aplicação da lei deveria atender à “defesa do trabalhador nacional” (art. 2º)	É princípio da política migratória a “inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas” (art. 3º, X)
Vedava a regularização da estadia do imigrante em situação migratória irregular (art. 38)	Encoraja a regularização migratória (art. 4º, XVI)
Havia um rol de crimes próprios de estrangeiros (arts. 106, 107 e 125, XI) que lhes traziam restrições profissionais, de liberdade de associação e sindical e de livre manifestação do pensamento e reunião.	Abole os crimes próprios de estrangeiro as e coloca a “não criminalização da migração” como princípio da política migratória (art. 3º, III)
A concessão de vistos e naturalizações estavam sujeitas ao arbítrio das autoridades administrativas ⁷⁷	Reduz consideravelmente a margem de discricionariedade das autoridades migratórias, aumentando a segurança jurídica dos imigrantes

⁷⁷ O art. 121 da Lei 8.615/1980 previa, por exemplo, que a naturalização poderia ser negada ainda que satisfeitos os requisitos legais.

Não previa a possibilidade de isenção das taxas dos procedimentos migratórios aos imigrantes hipossuficientes	Prevê isenção de taxas ao imigrante em situação de hipossuficiência econômica.
---	--

A Lei nº 13.445/2017 teve a clara finalidade de humanizar a política migratória, mas os vetos e sua regulamentação — realizada pelo Decreto 9.199, de 20 de novembro de 2017 —, ao diminuírem o alcance dos direitos previstos, em contrariedade ao espírito da lei, reduziram seu caráter progressista e expuseram os conflitos ideológicos que se fizeram presentes durante o trâmite da Lei, quando grupos chegaram a protestar nas ruas contra a sua aprovação.

Apesar dos vetos a importantes dispositivos e de sua regulamentação restritiva, a nova Lei de Migração avançou bastante em relação à lei anterior na humanização da política migratória brasileira, ao lograr trazer as migrações do campo de discussão e política de segurança nacional para o campo dos direitos humanos, ao reconhecer o imigrante como sujeito de direitos e substituir o paradigma do “estrangeiro” para o do “migrante”.

Assim, em que pese ainda persistam alguns obstáculos a serem vencidos, como a regulamentação restritiva e sua aplicação, a nova lei deu um importante passo no caminho de reverter a posição autoritária do Estado brasileiro em relação às migrações.

Ao tratar das migrações como um fenômeno globalmente integrado, no qual o Brasil se insere como país de trânsito, saída e destino como, orientado sob a ótica dos direitos humanos, a nova Lei compatibilizou, em grande parte, a sua política migratória com a Constituição “cidadã”, no âmbito interno, e com os tratados de direitos humanos, no âmbito internacional. Todavia, os vetos e sua regulamentação — realizada pelo Decreto 9.199, de 20 de novembro de 2017 —, ao diminuírem o alcance dos direitos previstos, em contrariedade ao espírito da lei, reduziram seu caráter progressista e expuseram os conflitos ideológicos que se fizeram presentes durante o trâmite da Lei, quando grupos chegaram a protestar nas ruas contra a sua aprovação:

O processo de elaboração das políticas de imigração e nacionalidade é bastante complexo e a pluralidade de opiniões no campo da política migratória acaba refletindo-se na forma final das legislações sobre o assunto. De fato, **essas políticas não são fruto da ação de uma entidade abstrata, o ‘Estado, mas da luta e acomodação de interesses divergentes na sociedade e dentro do próprio Estado.** (REIS, 2018, p.112, destaque nosso).

Observa-se, assim, que o texto da lei acomodou os interesses dos grupos de imigrantes e organizações da sociedade civil em defesa dos migrantes, ao passo que os vetos e sua regulamentação, os dos grupos conservadores contrários à sua aprovação.

Analisa-se a seguir os principais vetos presidenciais à lei e dispositivos restritivos de sua regulamentação para que se possa avaliar o grau de redução da efetividade de seus dispositivos originários que visavam a mudar o paradigma do estrangeiro para o do migrante, reconhecendo-o como sujeito de direitos.

O tema ainda é bastante recente e, por esta razão, há pouca doutrina jurídica disponível como fonte de pesquisa bibliográfica.

5.2.1 Os vetos presidenciais

Foram vetados pelo presidente vinte e dois dispositivos da nova Lei de Migração em relação ao texto aprovado pelo Congresso, que atenderam a uma pauta conservadora contrária ao espírito da nova lei.

Dentre os vetos destacam-se os referentes ao conceito de migrante, livre circulação de povos indígenas entre fronteiras nas terras tradicionalmente ocupadas por eles, extensão da autorização de residência a pessoas sem vínculo familiar direto, definição de grupos vulneráveis, revogação das expulsões de migrantes decretadas antes de 1988 e anistia para migrantes que ingressaram no Brasil sem documentos até 6 de julho de 2016.

O inciso I do art. 1 da Lei 13.445/2017 trazia o conceito de migrante e foi vetado sob o fundamento de que:

O dispositivo estabelece conceito demasiadamente amplo de migrante, abrangendo inclusive o estrangeiro com residência em país fronteiriço, o que estende a todo e qualquer estrangeiro, qualquer que seja sua condição migratória, a igualdade com os nacionais, violando a Constituição em seu artigo 5º, que estabelece que aquela igualdade é limitada e tem como critério para sua efetividade a residência do estrangeiro no território nacional (BRASIL, 2017).

Observa-se que o veto se apegou a uma interpretação literal do *caput* do art. 5º da Constituição, interpretando-o isoladamente e fora de seu contexto normativo, para manter excluídos do rol de direitos os estrangeiros não residentes, ainda que estejam em território nacional, o que, conforme já abordado neste trabalho⁷⁸, contraria a sistema constitucional de direitos fundamentais e a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal.

⁷⁸ Cf. item 4.1.1. deste trabalho.

Luís Renato Vedovato (2017) destaca que “esse veto e o conjunto de vetos que vem depois são uma indicação de que haverá obstáculos aos direitos humanos”. Neste sentido, uma interpretação constitucionalmente adequada mostra-se como caminho para contorná-lo.

O direito de livre circulação dos povos indígenas e das populações tradicionais pelas terras tradicionalmente ocupada, que era previsto no §2º, do art. 1º, foi vetado sob fundamento de defesa da soberania, que imporia o “controle da entrada e saída de índios e não índios” (BRASIL, 2017). As razões do veto expõem uma visão, predominante na legislação anterior e que a novel lei visou superar, que ainda vincula a circulação de pessoas estritamente à segurança nacional.

Vedovato e Assis (2018, p. 603) destacam ainda o descompasso do veto com a jurisprudência internacional:

O veto do §2º do art. 1º nega por completo o resultado do caso *Burkina Faso vs. Niger*, julgado pela Corte Internacional de Justiça (CIJ), em 2013, no qual se garantiu o direito à livre circulação pelas fronteiras dos povos tradicionais da região.

A anistia para migrantes que ingressaram no Brasil sem documentos antes de 6 de julho de 2016, que era prevista no art. 118 do texto aprovado pelo Congresso, foi vetada sob fundamento de que esvaziaria “a discricionariiedade do Estado para o acolhimento dos estrangeiros” (BRASIL, 2017).

O veto, ao ignorar que as anistias foram adotadas como medidas saneadoras do problema da indocumentação migratória ainda sob a vigência da legislação migratória anterior restritiva, em 1981, 1989, 1998 e 2009, vai de encontro ao princípio da Lei 13.445/2017 de “promoção de entrada regular e de regularização documental”⁷⁹(BRASIL, 2017).

Visando a reverter os efeitos do veto à anistia, foi apresentado em 13 de junho de 2017, pelo deputado Orlando Silva, relator da Lei de Migração quando ela tramitou na Câmara, o Projeto de Lei nº 7876/2017, que visa a conceder autorização de residência aos imigrantes que tenham ingressado no território nacional até sua entrada em vigência.

Os vetos, aqui analisados de forma exemplificativa, expressaram as pautas dos grupos conservadores dentro do governo e da sociedade civil contrários à nova Lei, e anteciparam a regulação restritiva que se seguiria, impondo desafios à implementação do objetivo de alinhar a política migratória aos direitos humanos.

⁷⁹ Art. 3, V, Lei 13.445/2017.

5.2.2 A regulamentação da nova Lei e o descompasso com seu objetivo humanizante

Importantes dispositivos da Nova Lei de Migração — como os que tratam do visto humanitário, proteção de apátridas, fronteiriços, isenção de custas aos hipossuficientes e prazos e procedimentos — exigem regulamentação para serem efetivados.

. Sua regulamentação foi feita pelo Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017 e se deu de forma restritiva e omissa: muitos pontos da regulamentação restringem o alcance de direitos previstos pela Lei e outros pontos da regulamentação exigem uma regulamentação suplementar, *i.e.*, uma regulamentação da regulamentação.

Dupas (2018, p. 15) destaca que: “ o decreto impossibilita que a lei seja aplicada em sua totalidade, reduzindo sua efetivação e mantendo o caráter conservador que sempre acompanhou a temática imigratória no Brasil”.

Na contramão da tendência moderna, observada principalmente nos Estados Unidos e Europa, de criminalizar as migrações, a Lei 13.445/2017 trouxe como princípio que rege a política migratória brasileira a “não criminalização da migração”, em seu art. 3º, III e prevê ainda, em seu art. 123, que, em regra, ninguém será privado de sua liberdade por razões migratórias⁸⁰.

O decreto regulamentador, todavia, trouxe dispositivos contrários a esse princípio legal e que tangenciam a política migratória com a política criminal ao prever a possibilidade de prisão por motivos migratórios e reforçar os poderes da Polícia Federal que poderá regular sobre diversos procedimentos como deportação, repatriação e registro. Impende destacar que, no ano de 2018, a Polícia Federal deixou de estar vinculada ao Ministério da Justiça e passou ao comando do recém-criado Ministério Extraordinário da Segurança Pública, o que amplia o risco de que as migrações sejam tratadas por esse órgão, com base na discricionariedade que é conferida pelo Decreto, como tema estrito de segurança pública.

A regulamentação foi feita de maneira restritiva, reduzindo o alcance de direito previsto na lei, por exemplo, no caso do visto temporário para trabalho. A lei traz como requisito, em seu art. 14, §5º, que se comprove a oferta laboral formalizada por pessoa jurídica, mas sua regulamentação, em seu art. 34, § 1º, estabelece como necessário que se apresente contrato de trabalho ou prestação de serviço, não sendo mais suficiente a oferta.

Ramos *et al.* (2017) comentam sobre o dispositivo legal e sua regulamentação que:

⁸⁰ O novo texto legal também abole os crimes próprios de estrangeiros previstos pelo *Estatuto do Estrangeiro* — que apesar de inconstitucionais, ainda geravam insegurança jurídica aos imigrantes, que por vezes eram coagidos pela ameaça de sanção penal — e criou o tipo penal de “promoção da imigração ilegal” ao acrescentar o art. 232-A ao Código Penal.

É preciso reconhecer que o texto final da nova lei promoveu uma mudança negativa na proposta originalmente formulada porque passou a exigir, em virtude do seu artigo 14 §4º, uma “oferta de trabalho formalizada por pessoa jurídica em atividade no país”. Assim, a lei deixou de proteger um vasto contingente de migrantes, provavelmente os mais vulneráveis, que ainda não possuem oferta de trabalho no Brasil. No entanto, causa espécie que o regulamento agrave sobremaneira o defeito da lei ao afrontar claramente o seu texto, estipulando que “a oferta de trabalho é caracterizada por meio de contrato individual de trabalho ou de contrato de prestação de serviços”.

Esta burocratização excessiva favorece a indocumentação e a violação a direitos humanos dos imigrantes ainda não inseridos no mercado de trabalho formal brasileiro. Nessa linha, Cícero Rufino Pereira (2015, p. 46) ressalta:

Não é muito fácil aos trabalhadores “nacionais” conseguirem um trabalho decente, menos ainda os trabalhadores migrantes estrangeiros, sobretudo em uma região de fronteira. Ali (e através dela) a concorrência por mão de obra barata e por discussões acerca da legalidade ou ilegalidade da migração é pano de fundo para se perpetrarem ataques aos direitos humanos, em prol do aumento de lucros.

Um dos pontos importantes omitidos pela regulamentação foi o visto de acolhida humanitária, criado pela Resolução Normativa nº 97 do CNIg⁸¹ em 2012 para resolver o caso específico da crise migratória haitiana, e incorporado pela nova lei de migração em caráter geral para os nacionais de qualquer país que esteja em situação de grave ou em sua iminência.

A regulamentação do visto humanitário, ao invés de definir as situações graves que ensejariam sua concessão, limitou-se a determinar que um ato conjunto dos Ministros da Justiça e Segurança Pública, Relações Exteriores e Trabalho defina as condições, prazos e requisitos para a emissão do visto (art. 144, §6º).

Visando a responder à crise migratória dos venezuelanos em Roraima, foi editada a Portaria Interministerial nº 9, de 14 de março de 2018, para regular a “concessão de autorização de residência ao imigrante que esteja em território brasileiro e seja nacional de país fronteiriço, onde não esteja em vigor o Acordo de Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercosul e países associados, a fim atender a interesses da política migratória nacional” (BRASIL, 2018).

A portaria não define as hipóteses de acolhida humanitária, mas avança em relação à Resolução Normativa nº 126 do CNIg, de 2 de março de 2017, ao garantir por prazo

⁸¹ Cf. item 4.4.1.2.2 deste trabalho.

indeterminado a autorização de residência e não exigir a entrada no Brasil por terra. Seu alcance, todavia, é restrito a Venezuela, Guiana e Suriname⁸², o que limita a acolhida humanitária prevista pela Lei 13.445/2017 em caráter geral, para qualquer país.

Igualmente, o visto temporário para tratamento de saúde, previsto no art. 14, I, b, da Lei 13.445/2017, foi omitido pela regulamentação, que, ao invés de fixar seus requisitos, se limitou a estabelecer, em seu art. 35, §4º, que o tema será disciplinado por ato conjunto dos Ministros da Justiça e Segurança Pública e Relações Exteriores.

Não se pretendeu aqui analisar exaustivamente os aspectos restritivos do regulamento, mas mencionar apenas alguns, exemplificativamente, considerados mais graves ou emblemáticos.

Como se observa, a regulamentação restringiu direitos previstos pela lei e, quando não o fez, omitiu-se, adiando importantes temas para a humanização da política migratória até que sobrevenha uma regulamentação da regulamentação.

Para que não se perca o objetivo inicial da Lei 13.445/2017 de se considerar o imigrante como sujeito de direitos e humanizar a política migratória brasileira, é essencial que a interpretação da lei e de sua regulamentação seja feita de forma ampliativa, com base nos princípios de direitos humanos contidos na Constituição e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, para que se amenizem os efeitos restritivos da regulamentação, até que um decreto regulamentador mais adequado ao espírito da lei sobrevenha ao atual.

5.3 O QUE AINDA PRECISA SER FEITO PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA FASE DE DIREITOS HUMANOS NA POLÍTICA MIGRATÓRIA BRASILEIRA

No cenário internacional, observa-se que o Brasil assume postura contraditória a respeito dos direitos humanos dos migrantes: ao mesmo tempo em que é signatário de acordos de integração regional, como o sobre Residência para Nacionais dos Estados-Partes do Mercosul, Bolívia, Chile, Equador e Peru e de Convenções como o Protocolo de Palermo e a Convenção 97 da OIT (1975) — que visam a combater e reprimir violações de direitos com o tráfico de pessoas e o trabalho escravo contemporâneos, que são favorecidas pela migração indocumentada —, não é signatário de importantes convenções para defesa dos direitos dos trabalhadores migrantes, como a Convenção da ONU de 1990 para proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e membros de suas famílias e a Convenção 143 da OIT “sobre

⁸² Apenas esses três países são fronteira com o Brasil mas não são partes do Acordo de Residência do MERCOSUL.

as Imigrações Efetuadas em Condições Abusivas e Sobre a Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes” (OIT, 1975).

Para que possa haver uma verdadeira integração regional, Maria Rita Fontes de Faria (2015, p. 77) destaca que é necessária a eliminação das barreiras à circulação de pessoas: “a regularização migratória e a eliminação de entraves à circulação de pessoas, sem se descuidar de preocupações razoáveis com a segurança, é dos principais instrumentos da integração regional, do que são exemplos o Mercosul”.

Há, assim, uma inconsistência entre essa insuficiente adesão brasileira às normas internacionais de proteção aos direitos humanos dos migrantes, de um lado, e o fundamento constitucional de prevalência dos direitos humanos e o objetivo fundamental de se buscar a integração dos povos da América Latina para a formação de uma comunidade latino-americana de nações, de outro.

No plano interno, a nova Lei de Migração, apesar dos vetos a seu texto original, é um avanço na humanização da política migratória, “pois em comparação ao Estatuto do Estrangeiro de 1980, garante a constitucionalidade e está em acordo com os tratados de Direitos Humanos, conferindo aos imigrantes *status* de sujeito de direito” (DUPAS, 2018, p.120), mas seu decreto regulamentador, ao restringir direitos e omitir pontos que necessitam de regulamentação para serem efetivados, limitam o seu alcance protetivo.

Observa-se, assim, que o Brasil se equilibra, tanto no plano interno como no internacional, na tensão entre os resquícios de um modelo migratório securitário que ganha força no contexto internacional, e a busca por um novo modelo, humanizador.

A entrada em vigor da nova Lei de Migração ainda é bastante recente para que se possa avaliar sua eficácia e se ela logrará consolidar uma fase de direitos humanos na política migratória brasileira, mas ela deu um importante passo para sua construção e abriu a perspectiva para novas reivindicações, que devem: buscar reverter os pontos vetados e reformular o decreto regulamentador, no plano interno, e buscar a ratificação, pelo Brasil, da Convenção 143 da OIT e da Convenção da ONU de 1990 para proteção dos trabalhadores migrantes, preferencialmente nos trâmites do art. 5º, §3º, da Constituição, no plano internacional.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de migrar (*ius migrandi*) — embora tenha fundamentação filosófica no mundo ocidental desde a Idade Moderna por meio do conceito de direito de hospitalidade e *ius cosmopolitanum* formulados por Immanuel Kant, e seja dedutível do art. 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 — não é reconhecido pela comunidade internacional e, assim, permanece como um direito humano previsto, mas não reconhecido por falta de vontade política em se dar um passo decisivo em direção ao seu reconhecimento.

Como consequência do não reconhecimento do *ius migrandi*, surgem no cenário global os imigrantes indocumentados, pessoas que buscam melhores condições de vida em Estado diverso do qual são nacionais e, com isso, almejam a mesma liberdade de locomoção já desfrutada amplamente pelo capital e pelas mercadorias.

Neste sentido, verificou-se, por meio de Hannah Arendt, a existência de um paradoxo dos direitos humanos que não foram/são aplicados quando as pessoas estavam/estão destituídas de cidadania, *i.e.*, estão fora de uma comunidade que lhes garanta direitos e os reconheça como pessoas. Apesar de os imigrantes indocumentados não integrarem as populações tratadas por Arendt em seu estudo, suas críticas aos direitos humanos também lhes são aplicáveis, pois, apesar de terem uma nacionalidade (ao contrário dos apátridas), a situação deles se assemelha por não terem um Estado que lhes assegure proteção gozo de direitos, *per si*, fora de sua jurisdição nacional.

A mobilidade humana intensifica o contato com a alteridade e entre as culturas e, neste processo, o reconhecimento e aceitação do outro é essencial para o projeto cosmopolita de direitos humanos. Desta maneira, o reconhecimento do *ius migrandi* como direito humano possibilitará o contato com a alteridade de forma mais igualitária, sem que o outro se encontre em situação de inferioridade em decorrência da irregularidade de seu status migratório.

No sistema global de proteção dos direitos humanos, as migrações internacionais foram objeto de preocupação da ONU a partir da década de 1980, quando os migrantes foram tema de uma Declaração e uma Convenção específicas. Esses documentos jurídicos, todavia, tentam equacionar a tensão entre a soberania e os direitos humanos, mas prevalecem em seus textos a prerrogativa estatal de determinar quem pode ingressar e permanecer em seu território. Apesar disso, são importantes instrumentos que reconhecem, no âmbito global, importantes direitos que são peculiares ao contexto das migrações internacionais.

No sistema americano de proteção aos Direitos Humanos observou-se que a sua Corte, em seu mister de guardião da Convenção Americana de Direitos Humanos, embora tenha reconhecido o poder de os Estados fixarem suas políticas migratórias, reafirmou que estas são limitadas pelos Direitos Humanos e há a obrigação de se garantir e respeitar os direitos reconhecidos pela Convenção Americana e outros instrumentos internacionais de proteção, especialmente os da não-discriminação e do devido processo legal, aos estrangeiros sob sua jurisdição, independentemente da regularidade de seu status migratório. Assim, suas sentenças têm propiciado significativos avanços na tutela dos Direitos Humanos dos migrantes — documentados ou indocumentados — no contexto americano. No âmbito do MERCOSUL, a livre circulação de pessoas não foi prevista em sua fase inicial, pelo Tratado de Assunção, mas a partir da década de 2000 diversos instrumentos foram aprovados no âmbito do bloco visando a garantir e desburocratizar a circulação de pessoas, destacando-se o Acordo de Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru como seu mais significativo instrumento neste sentido.

Destarte, apesar da vigência dos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos, o cotidiano do migrante ainda é marcado mais pela dificuldade de acesso a direitos que pela falta de legislação internacional que os preveja, assim, o tema das migrações internacionais, principalmente as indocumentadas, coloca à prova e desafia o princípio da universalidade dos Direitos Humanos.

No âmbito nacional foi possível verificar o transcurso de três fases — xenofilia europeia, xenofobia racista e de segurança nacional — percorridas pelos marcos legais que fixaram as políticas migratórias brasileiras desde 1808 e observou-se que em nenhuma delas as migrações foram tratadas como questão orientada à luz dos direitos humanos: o mito do Brasil como país acolhedor de povos de todas nacionalidades prejudicou uma conscientização e discussão mais tempestiva sobre a discriminação e restrição a direitos sofridas pelos imigrantes, amparadas pela legislação.

Apenas a partir da entrada em vigor da Lei 13.445/2017, a Nova Lei de Migração, o Brasil teve um marco legal sobre migrações baseado nos direitos humanos dos migrantes, o que trouxe uma nova perspectiva, humanizante, no trato das migrações pelo Estado brasileiro ao visar a colocar a política migratória em acordo com a Constituição brasileira de 1988, no âmbito interno, e com o sistema internacional de proteção aos direitos humanos, no externo. Abriu-se, assim, com a novel lei a perspectiva para a construção de uma nova fase na política migratória brasileira, a fase de direitos humanos, todavia, o estrangeiro embora tenha passado à categoria de imigrante e se tornado sujeito de direitos, ainda não foi alçado à categoria de cidadão: a

Constituição brasileira continua a lhes vedar o alistamento eleitoral e, assim, os mantém alijados de participação nas decisões políticas que lhes afetam.

Apesar do avanço no campo legislativo, o Brasil ainda busca equacionar o conflito ideológico de um modelo migratório anterior, e que ganhou força em escala global a partir dos atentados de 11 de setembro de 2001, pautado na securitização das migrações, e um novo modelo, humanizador. Neste sentido observou-se que os vetos a importantes dispositivos e a regulamentação restritiva da Lei 13.445/2017, que reduziram muito seu alcance progressista, expuseram esse choque de modelos.

A entrada em vigor da Nova Lei de Migração ainda é muito recente para que se possa avaliar de forma adequada se ela logrará consolidar uma nova fase, de direitos humanos, na política migratória brasileira, mas poderá se tornar a pedra fundamental na construção desta fase, que ainda precisa reverter os pontos vetados e reformular o decreto regulamentador da lei, no âmbito interno, e ratificar a Convenção da ONU sobre os trabalhadores migrantes de 1990 e a Convenção 143 da OIT, no âmbito externo, para ser edificada em estrutura sólida.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Cláudio. *Os espanhóis no Brasil: contribuição ao estudo da imigração espanhola no Brasil*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1991.

ALBA, Francisco. El papel de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en la salvaguardia de los mismos. El caso de la convención internacional sobre los derechos de los trabajadores inmigrantes. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, vol. 16, n. 31, 2008. Disponível em: <<http://www.csem.org.br/remhu/index.php/remhu/article/view/93>>. Acesso em: 22 jan. 2018

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2015.

ALVIM, Zuleika Maria Forcione. O Brasil italiano (1880-1920). In: FAUSTO, Boris (org.). *Fazer a América: a imigração em massa para a América-Latina*. São Paulo: EDUSP, 2000. p. 383-418.

AMARAL, Ana Paula Martins; GUTIERREZ, José Paulo. A implementação dos direitos humanos nos sistemas jurídicos estrangeiros: uma análise de direito comparado. In: PASSOS, Jaceguara Dantas da Silva; AMARAL, Ana Paula Martins (coord.). *Coletânea de direito constitucional*. Campo Grande: Alvorada, 2011. p. 13-42.

_____; PEREIRA, Cícero Rufino. Migração e xenofobia: uma abordagem à luz dos direitos humanos. In: MIRANDA, Jorge; IENSUE, Geziela; CARVALHO, Luciani Coimbra de. *A ordem internacional no século XXI: direitos humanos, migração e cooperação jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 437-456.

ANDENA, Emerson Alves. *Transformações na legislação imigratória brasileira: os (des)caminhos rumo aos direitos humanos*. 2013. 160 f. Dissertação (programa de pós-graduação em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução: Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

_____. *Origens do totalitarismo*. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

AZEVEDO, Celia Maria Marinho de. *Onda negra medo branco: o negro no imaginário das elites século XIX*. 3ª ed. São Paulo: Annablume, 2004.

BAPTISTA, Rodrigo; VILAR, Isabela. Projeto da nova Lei de Migração segue para sanção presidencial. *Senado Notícias*. Brasília, 19 de abril de 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/04/18/projeto-da-nova-lei-de-migracao-segue-para-sancao-presidencial>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

BARALDI, Camila. Cidadania, migrações e integração regional – notas sobre o Brasil, o mercosul e a União Europeia. *3º Encontro Nacional da ABRI – Governança Global e Novos Atores* n. 1, v. 1 (2011) ISSN 2236-7381. Disponível em: <<https://educarparaomundo.files.wordpress.com/2011/07/baraldi-abri-2011.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2015.

BARBOSA, Mario. Exposições e debates. In: MARTES, Ana Cristina Braga; SPRANDEL, Marcia Anita (orgs.). *MERCOSUL e as migrações: os movimentos nas fronteiras e a construção de políticas públicas regionais de integração*. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2008. p. 97-99.

BASSEGIO, Luiz. As migrações no contexto da globalização. In: SERVIÇO PASTORAL DOS MIGRANTES. *Migrações: discriminação e alternativas*. São Paulo: Paulinas, 2004. p. 57-70.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: (promulgada em 5 de outubro de 1988)*, 2. volume : arts. 5. a 17. São Paulo, SP: Saraiva, 1989.

BATTISTELLA, Graziano. Migration and human rights: the uneasy but essential relationship. In: CHOLEWINSKI, Ryzard; GUCHTENERE, Paul de; PECOUD, Antoine (orgs.). *Migration and human rights: the United Nations Convention on Migrant Workers Right*. Nova York: Cambridge University Press, 2009, p. 47-69.

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo sexo: fatos e mitos*. Tradução: Sérgio Milliet. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BENHABIB, Seyla. *The rights of others: aliens, residents and citizens*. Nova York: Cambridge University Press, 2004.

BEOZZO, José Oscar. *Brasil 500 anos de migrações*. São Paulo: Paulinas, 1992.

BEZERRA NETO, Vicente. *O estrangeiro nas leis do Brasil*. São Paulo: Forense, 1971.

BLANCO, Maria. Dolores Valdueza *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*. Valladolid: Lex nova, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOHNING, Roger. The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers: the past and the future. *International Migration Review*, 1991. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2546841>>. Acesso em: 25 jan. 2017. p. 678-709.

BOSNIAK, Linda S. Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants under the International Migrant Workers Convention. *The International Migration Review*, Vol. 25, n. 4, Special Issue, 1991). Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2546843?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 01 fev. 2018. p. 737-770.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; BARBAS, Leandro Moreira Valente. *Migração de trabalhadores para o Brasil*. São Paulo: Saraiva. 2013. Livro digital.

- BRASIL. *Carta Régia de 28 de janeiro de 1808*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/carreg_sn/antioresa1824/cartaregia-35757-28-janeiro-1808-539177-publicacaooriginal-37144-pe.html>. Acesso em: 22 jan. 2018.
- _____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 26 jul. 2016.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.
- _____. *Decreto de 25 de novembro de 1808*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret_sn/antioresa1824/decreto-40271-25-novembro-1808-572458-publicacaooriginal-95562-pe.html>. Acesso em: 4 jun. 2016.
- _____. *Decreto nº 58-A*, de 14 de dezembro de 1889. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-58-a-14-dezembro-1889-516792-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 22 jan. 2018.
- _____. *Decreto nº 350*, de 21 de novembro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0350.htm>. Acesso em: 13 abr. 2018.
- _____. *Decreto nº 528*, de 28 de junho de 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-528-28-junho-1890-506935-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 15 set. 2016.
- _____. *Decreto nº 840*, de 22 de junho de 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0840.htm>. Acesso em: 1º fev. 2016.
- _____. *Decreto nº 1.641*, de 7 de janeiro de 1907. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1641-7-janeiro-1907-582166-publicacaooriginal-104906-pl.html>>. Acesso em 14 ago. 2016.
- _____. *Decreto nº 1.950*, de 12 de julho de 1871. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1950-12-julho-1871-551847-publicacaooriginal-68679-pl.html>. Acesso em: 08 ago. 2016.
- _____. *Decreto nº 2.771*, de 8 de setembro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2771.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.
- _____. *Decreto nº 6.975*, de 7 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6975.htm>. Acesso em: 14 jul. 2015.
- _____. *Decreto nº 7.214*, de 15 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7214.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.
- _____. *Decreto nº 7.614*, de 12 de dezembro de 1938. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/125330/DECRETO%207614%20DE%201938.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 13 maio 2016.
- _____. *Decreto nº 7.987*, de 17 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7987.htm#art1>. Acesso em: 3 nov. 2016.
- _____. *Decreto nº 9.081*, de 3 de novembro de 1911. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-9081-3-novembro-1911-523578-republicacao-102836-pe.html>>. Acesso em: 8 ago. 2016.

_____. *Decreto nº 9.199*, de 20 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm>. Acesso em: 29 jan. 2017

_____. *Decreto nº 19.482*, de 12 de dezembro de 1930. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19482-12-dezembro-1930-503018-republicacao-82423-pe.html>>. Acesso em: 1º nov. 2016.

_____. *Decreto nº 58.819*, de 14 de julho de 1966. Promulga a Convenção nº 97 sobre os Trabalhadores Migrantes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58819.htm> . Acesso em: 14 jul. 2015.

_____. *Emenda constitucional de 3 de setembro de 1926*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon_sn/1920-1929/emendaconstitucional-35085-3-setembro-1926-532729-publicacaooriginal-15088-pl.html>. Acesso em: 13 maio 2016.

_____. *Lei nº 581*, de 4 de setembro de 1850. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM581.htm>. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. *Lei nº 2.040*, de 28 de setembro de 1871. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM2040.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. *Lei nº 6.815*, de 19 de agosto de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em: 13 jul. 2015.

_____. *Lei nº 6.964*, de 9 de dezembro de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6964.htm>. Acesso em: 13 jul. 2015.

_____. *Lei nº 7.685*, de 2 de dezembro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7685.htm>. Acesso em: 13 jul. 2015.

_____. *Lei nº 9.675*, de 29 de junho de 1998.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9675.htm>. Acesso em: 13 jul. 2015.

_____. *Lei nº 11.961*, de 2 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11961.htm>. Acesso em: 13 jul. 2015.

_____. *Lei nº 13.445*, de 24 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 26 dez. 2017.

_____. Ministério da Previdência Social. *Acordos internacionais – português*. Publicado em 1º de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/assuntos-internacionais/assuntos-internacionais-acordos-internacionais-portugues/>>. Acesso em: 3 nov. 2016.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. Conselho Nacional de Imigração. *Resoluções Normativas*. Disponível em: <http://acesso.mte.gov.br/trab_estrang/resolucoes-normativas.htm>. Acesso em 17 fev. 2017.

_____. Ministério das Relações Exteriores. Consulado-Geral do Brasil em Hamamatsu. *Espaço do Trabalhador Brasileiro*, atualizado em 01/02/2016. Disponível em: <http://hamamatsu.itamaraty.gov.br/pt-br/espaco_do_trabalhador_brasileiro__etb.xml>. Acesso em 1º nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 35.445/DF*. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Brasília, 13 de maio de 2004. Diário de Justiça Eletrônico, em 18 de maio de 2004.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Cresce o número de eleitores brasileiros que poderão votar no exterior*, 2 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Junho/cresce-o-numero-de-eleitores-brasileiros-que-poderao-votar-no-exterior>>. Acesso em: 4 jun. 2016.

CAMPOS, Marden Barbosa. Migração. In: CAVALCANTI *et al.* [org.]. *Dicionário crítico de migrações internacionais*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2017. p. 453-455.

CARDOSO, Fernando Henrique. Discurso no lançamento do Programa de Apoio aos Brasileiros no Exterior. In: BRASIL. *Palavra do Presidente*. 16v. vol. 2. Brasília: Presidência da República, 2002. p. 545-550.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. Cumplicidade secreta: o Brasil diante da questão dos refugiados judeus (1933-1948). In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de A.; MALATIAN, Teresa (orgs.). *Políticas migratórias: fronteiras dos direitos humanos no século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 257-276.

CAPUA, Raimondo de. *Kant e il modelo cosmopolitico di pace perpetua*. Soveria Mannelli: Rubbettino Editore, 1998.

CARVALHO, Leonardo Chaves de. *Cidadania transnacional: para além da nacionalidade*. 2018. 149 f. Dissertação (Programa de Pós-graduação em Direito) – Mestrado em Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

CASSESE, Antonio. *Los derechos humanos en el mundo contemporâneo*. Tradução de Atilio Pentimalli Melacrino. Ariel: Barcelona, 1993.

CASTRO, Mary Garcia. Migração internacional: transpassando fronteiras do nacional e do individual. In: *Caderno de Debates: Refúgio, Migrações e Cidadania*, n. 2, Agosto de 2007, IMDH. p. 69-75.

CAVARZERE, Thelma Thais. *Direito internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso das crianças Yean e Bosico vs. Panamá, de 8 de setembro de 2005*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/cont_eudo/arquivo/2016/04/d147e8e6485dbe1fedded517fe67972f.pdf>, Acesso em: 8 ago. 2016.

_____. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*, de 24 de outubro de 2012. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2016.

_____. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, de 23 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_por.doc>. Acesso em: 29 set. 2016.

_____. *Parecer Consultivo OC-16/99*, de 1º de outubro de 1999, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_por.doc>. Acesso em: 15 set. 2016.

_____. *Parecer Consultivo OC-18/03*, de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_por.doc>. Acesso em: 7 set. 2016.

_____. *Parecer Consultivo OC-21/14*, de 19 de agosto de 2014, solicitado pela República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2016..

DAVATZ, Thomas. *Memórias de um colono no Brasil (1850)*. Tradução, prefácio e notas: Sérgio Buarque de Holanda. São Paulo: EdUSP, 1980.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*, vol. 1, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DOWTY, Alan. *Closed borders: the contemporary assault on freedom of movement*. New Haven: Yale University Press, 1987.

DUPAS, Elaine. *Nova lei de migração: a possibilidade de reconhecimento do imigrante como sujeito de Direitos Humanos no Brasil*. 2018. 138 f. Dissertação (programa de pós-graduação em Fronteiras e Direitos Humanos) – Faculdade de Direito e Relações Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados

ELIAS, Rodrigo. Braços para fazer um país. *Nossa História*, nº 24, p. 14-19, out. 2005.

FARENA, Maritza Natalia Ferretti Cisneros. *Direitos humanos dos migrantes: ordem jurídica internacional e brasileira*. Curitiba: Juruá, 2012.

FARIA, Maria Rita Fontes. *Migrações internacionais no plano multilateral: reflexões para a política externa brasileira*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2015.

FENAPEF. *Estrangeiros*: Nota da Fenapef repercute na imprensa nacional. Publicado em 18 de abril de 2016. Disponível em: <<https://www.fenapef.org.br/estrangeiros-nota-da-fenapef-repercute-na-imprensa-nacional/>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

FERNANDES, Pádua. O direito internacional dos direitos humanos e a ditadura militar no Brasil: o isolacionismo deceptivo. *In: Jornada de estudos sobre ditaduras e direitos humanos*, 1, 2011: 02 a 30 abr, Porto Alegre. *Anais*. Disponível em: http://www.apers.rs.gov.br/arquivos/1314800293.I_Jornada_Ditaduras_e_Direitos_Humanos_Ebook.pdf. Porto Alegre: APERS, 2011. p. 438-446.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FERREIRA, Pinto. *Comentários a constituição brasileira*, 1. volume: arts. 1 a 21. São Paulo, SP: Saraiva, 1989.

FERRETTI, Maritza. Direitos humanos e imigrantes. *In: SALES, Teresa; SALLES, Maria do Rosário R. (org.). Políticas migratórias: América-Latina, Brasil e brasileiros no exterior*. São Carlos: EdUFSCar, 2002. p. 139-148.

GASPARI, ELIO. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GODOY, Gabriel Gualano de. O direito do outro e o outro do direito: cidadania, refúgio e seus avessos. *In: ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (org.). Caderno de Debates: refúgio, migrações e cidadania*, v. 10, n. 10, 2015. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos. p. 15-34.

GÜNDOĞDU, Ayten. *Rightlessness in an age of rights: Hannah Arendt and the contemporary struggles of migrants*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HOFFMEISTER, Guilherme Pittaluga; WOLF, Karen Emilia Antoniazzi. Migrações internacionais e hermenêutica diatópica: direitos humanos na sociedade global em rede. In: XIII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 2016, Santa Cruz do Sul. *Anais*. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *O homem cordial*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Livro digital.

IOTTI, Luiza Horn (org.). *Imigração e colonização: legislação de 1747 a 1915*. Caxias do Sul: EDUCS, 2001.

KANT, Immanuel. *À paz perpétua: um projecto filosófico*. Tradução de Artur Morão. Covilhã: LusoSofia, 2008.

_____. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1992.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOIFMAN, Fábio. *Imigrante ideal: o Ministério da Justiça e a entrada de estrangeiros no Brasil (1941-1945)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. Livro digital.

LACERDA, Nadia Demoliner. *Migração internacional a trabalho*. São Paulo: LTr, 2014.

LECA, Jean. De que estamos a falar? In: CORDELIER, Serge (coord.). *Nações e nacionalismos*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998. p. 15-22.

LIU, Guofu. *The right to leave and return and chinese migration law*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

LLOYD, Genevieve. Providence as progress: Kant's variations on a tale of origins. In: RORTY, Amélie Oksenberg; SCHMIDT, James (eds.). *Kant's ideal for universal history with cosmopolitan aim: a critical guide*. Nova York: Cambridge, 2009. p. 200-216.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. *Inmigración y derechos humanos: un análisis crítico del caso brasileiro*. Curitiba, PR: Juruá, 2013.

LUNARDI, Thamirys Mendes. *A política migratória do MERCOSUL: entre discurso e efetividade*. 2016. 73 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais) – Universidade Federal de Santa Catarina.

MAIA, Caio; SANDRINI, João; MIGNONE, Ricardo. Jornalista do “NYT” se retrata, e governo revoga expulsão. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 14 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u60869.shtml>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

MARGOLIS, Maxine L. *Goodbye, Brazil: emigrantes brasileiros no mundo*. Tradução de: Aurora M. S. Neiva. São Paulo: Contexto, 2013. Livro digital.

MARTES, Ana Cristina Braga. Velho tema, novos desafios – gestão pública da imigração. *Cadernos Adenauer X* (2009), nº 1 Migração e políticas sociais, p. 9-28, Rio de Janeiro, agosto de 2009.

MARTÍN, Javier de Lucas. El desorden en movimiento. In: SÁNCHEZ, Norberto Piqueras [coord.]. *Geografías del desorden: migración, alteridad y nueva esfera social*. Valencia: Universitat de Valencia, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: BOGDANDY, Armin von et. al. [orgs.]. *Estudos avançados de direitos humanos: direitos humanos, democracia e integração jurídica, a emergência de um novo direito público*. São Paulo: Elsevier, 2013. Livro digital.

MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. vol. 2, 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva: 2014. Livro digital.

MERCOSUL. CMC/ DEC. Nº 67/10: Plano estratégico de ação social do MERCOSUL. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2810/1/DEC_67-10_PT_PEAS.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. *Declaração Sociolaboral do MERCOSUL*. Disponível em: <<https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/3965/1/parlasur/declarac%C3%A3o-sociolaboral-do-mercosul.html>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

MILESI, Rosita; ANDRADE, William Cesar de. *Migrações Internacionais no Brasil: Realidades e Desafios Contemporâneos*. Disponível em: <http://migrante.org.br/migrante/index.php?option=com_content&view=article&id=144:dia-mundial-do-refugiado-e-semana-do-migrante-2010&catid=87&Itemid=1203>. Acesso em: 02 nov. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Minas Gerais. *MPF/MG impetra habeas corpus em favor de professora da UFMG*. Publicado em: 17 maio 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/mpf-mg-impetra-habeas-corpus-em-favor-de-professora-da-ufmg>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

MORAES, Ana Luisa Zago de. *Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

MORI, Massimo. *A paz e a razão: Kant e as relações internacionais: direito, política e história*. Trad. Fernando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

NOGUEIRA, Alcalá Humberto. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales em el derecho comparado y chileno. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Livro digital.

NOUR, Soraya. Os cosmopolitas. Kant e os temas kantianos em relações internacionais. *Contexto Internacional*. Rio de Janeiro, vol 25, n.1, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cint/v25n1/v25n1a01.pdf>>. Acesso em: 7 mar. 2018.

OLIVEIRA, Lúcia Lippi. *O Brasil dos imigrantes*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2002. Livro digital.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenções não ratificadas*. Disponível em: <http://www.oit.org.br/content/convention_no>. Acesso em: 17 fev. 2017.

_____. *Ratifications of C143 - Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, 1975 (No. 143)*. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312288>. Acesso em: 15 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Os direitos dos trabalhadores migrantes* [Ficha Informativa nº 24]. Lisboa: Procuradoria-Geral da República, 2002.

_____. *United Nations treaty collection*. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=_en>. Acesso em: 7 set. 2016.

_____. *Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias*, adotada pela Resolução 45/158 da Assembléia Geral da ONU em 18 de dezembro de 1990. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Conven%C3%A7%C3%A3o-Internacional-para-a-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Direitos-Humanos-de-todos-os-Trabalhadores-Migrantes-e-Membros-de-suas-Fam%C3%ADlias.pdf>>. Acesso em 19 jun. 2016.

_____. *Declaração sobre os direitos humanos dos indivíduos que não são nacionais do país em que vivem*, adotada pela Assembléia Geral em sua resolução 40/144, de 13 de dezembro de 1985. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Refugiados-Asilos-Nacionalidades-e-Ap%C3%A1tridas/declaracao-sobre-os-direitos-humanos-dos-individuos-que-nao-sao-nacionais-do-pais-em-que-vivem.html>>. Acesso em: 1º fev. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 15 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA MIGRAÇÕES. *Perfil migratório do Brasil 2009*. Brasília: Ministério do Trabalho, 2010

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: CEI, 2017.

PEREIRA, Cícero Rufino. *Direitos humanos fundamentais, o tráfico de pessoas e a fronteira*. São Paulo: LTr, 2015.

PESSANHA, Andréa Santos. Em nome do progresso. *Nossa História*, nº 24, p. 20-22, out. 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Livro digital.

PÓVOA NETO, Helion. Rejeição e criminalização das migrações na nova ordem internacional após o 11 de setembro. In: SERVIÇO PASTORAL DOS MIGRANTES. *Migrações: discriminação e alternativas*. São Paulo: Paulinas. p. 11-24

RAMJI-NOGALES, Jaya. The right to have rights: undocumented migrants and State protection. In: *Kansas Law Review*, vol. 63, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.
_____. et al. *Regulamento da nova Lei de Migração é contra legem e praeter legem*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-23/opiniaoregulamento-lei-migracao-praetem-legem>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

RANZ, Susana Rodera. La labor de la Organización de las Naciones Unidas en la protección internacional de los derechos humanos de los migrantes em situación irregular: de la Declaración Universal de Derechos Humanos a la Convención sobre los derechos de los trabajadores migrat6rios. In: SANCHO, Ángel G. Chueca (org.). *Derechos humanos, inmigrantes em situaci6n irregular y Uni6n Europea*. Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 113-134.

REIS, Rossana Rocha. Soberania, direitos humanos e migra66es internacionais. *Revista Brasileira de Ci6ncias Sociais*, Jun. 2004, vol.19, n.55, p.149-163.

_____. A política do Brasil para as migra66es internacionais. *Contexto internacional*, vol.33, n.1, jan/jun. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292011000100003>. Acesso em: 13 maio 2015.

_____. *Políticas de imigra66o na Fran6a e nos Estados Unidos (1980-1998)*. São Paulo: Hucitec, 2007.

_____. Soberania, direitos humanos e migra66es internacionais. *Revista Brasileira de Ci6ncias Sociais*, Jun. 2004, vol.19, n.55, p.149-163.

ROHTER, Larry. Brazilian Leader's Tippling Becomes National Concern. *The New York Times*. Nova York, 9 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2004/05/09/world/brazilian-leader-s-tippling-becomes-national-concern.html?mcubz=2>>. Acesso em: 04 fev. 2017.

SALADINI, Ana Paula Sefrin. *Trabalho e imigra66o: os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais*. São Paulo, SP: LTr, 2012.

SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. Derechos de los inmigrantes em situaci6n irregular em Espaa UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 32, 2013, pp. 285-291. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:TeoriayRealidadConstitucional-2013-32-6050/Documento.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2018. p. 285-291.

SANCHO, ngel G. Chueca. Ius migrandi y el derecho humano al desarrollo. *Eikasia Revista de Filosofía*. Oviedo, II8, jan. 2007. Disponível em: <<http://revistadefilosofia.com/11angelchueca.pdf>>. Acesso em: 8 mar. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipat6rio? *Revista Crítica de Ci6ncias Sociais*, n. 65, maio de 2003. p. 3-76.

_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. São Paulo. *Revista Lua Nova*. Vol. 39, 1997.

_____. *Se Deus fosse um ativista de Direitos Humanos*. São Paulo. Cortez Editora, 2014. Livro digital.

SANTOS, Luan Felipe dos; ASSUNÇÃO, Thiago. Política de migração brasileira: o que esperar de uma política respaldada no Estatuto do Estrangeiro? *In: SEMINÁRIO MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS, REFÚGIOS E POLÍTICAS*, 12 de abril de 2016, Memorial da América-Latina. *Anais*. Disponível em: <www.nepo.unicamp.br/publicacoes/anais/arquivos/12_LF.pdf>. Acesso em: 19 set. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. Livro digital.

SCALABRINI, João Batista. A Itália no exterior: segunda conferência sobre a emigração feita em Turim para a Exposição de Arte Sacra, 1898. *In: TOMASI, Silvano; ROSOLI, Gianfausto (orgs.). Scalabrini e as migrações modernas*. Trad. Ivo Prati. São Paulo: CSEM, 2010. p. 108-124.

SCHWARZ, Rodrigo. Imigração: a fronteira dos direitos humanos no século XXI. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, p. 181-185, outubro/2009.

SEGATO, Rita Laura. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. *In: Revista Mana*. Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132006000100008. Acesso em: 13 maio 2018.

SEYFERTH, Giralda. Colonização e política imigratória no Brasil Imperial. *In: SALES, Teresa; SALLES, Maria do Rosário R. (orgs.). Políticas migratórias: América Latina, Brasil e brasileiros no exterior*. São Carlos: EdUFSCar, 2002, p. 79-111.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Direitos e garantias fundamentais extravagantes: interpretação jusfundamental “Pro Homine”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

SILVA, César Augusto S. da. *A política migratória brasileira para refugiados (1998-2014)*. Curitiba: Íthala, 2015.

SILVA, Golbery do Couto e. *Geopolítica e poder*. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2003.
_____. *Planejamento estratégico*. 2ª ed. Brasília: Editora da UnB, 1981.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Sidney A. Imigrantes hispano-americanos em São Paulo: perfil e problemática. *In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de A.; MALATIAN, Teresa (orgs.). Políticas migratórias: fronteiras dos direitos humanos no século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 289-304.

SILVA, João Carlos Jarochinski. Uma política migratória reativa e inadequada – a migração venezuelana para o Brasil e a Resolução n. 126 do Conselho Nacional de Imigração. *In:*

BAENINGER, Rosana *et al* (org.). *Migrações Sul-Sul*. Campinas: Nepo/Unicamp, 2018. p. 637-650.

SKIDMORE, Thomas E. *Preto no branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

SPRANDEL, Márcia Anita. Marcos legais e políticas migratórias no Brasil. In: PRADO, Erlan Peixoto do; COELHO, Renata (orgs.). *Migrações e trabalho*. Brasília: Ministério Público do Trabalho: 2015. p. 41-54.

TAVARES, Vania Porto; CONSIDERA, Cláudio Monteiro; SILVA, Maria Thereza L. L. de Castro e. *Colonização dirigida no Brasil: suas possibilidades na região amazônica*. Rio de Janeiro: IPEA, 1972.

TERRA. *Expulsão de jornalista do NYT repercute no mundo*. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI307032-EI1194,00-Expulsao+de+jornalista+do+NYT+repercute+no+mundo.html>>. Acesso em: 15 set. 2015.

TORRADO, Jesús Lima. El problema fundamental de la emigración desde la perspectiva del sistema de derechos humanos: el debate sobre la existencia del “Ius igrandi” [*sic*]. In: URQUIZA, Antonio Hilario Aguilera (org.). *Frenteira dos direitos humanos: direitos humanos nas fronteiras*. Campo Grande: UFMS, 2016. p. 89-124.

TORRES, Ana Paula Repolês. *Direito e política em Hannah Arendt*. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *Tratado de direitos humanos*, volume III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

TRUZZI, Oswaldo Mário Serra. Reformulações na política imigratória do Brasil e Argentina nos anos 1930: um enfoque comparativo. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de A.; MALATIAN, Teresa (orgs.). *Políticas migratórias: fronteiras dos direitos humanos no século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 233-256.

VEDOVATO, Luís Renato. *O direito de ingresso do estrangeiro: a circulação das pessoas pelo mundo no cenário globalizado*. São Paulo: Atlas, 2013. Livro digital.

_____. Os vetos podem desfigurar Lei de Migração, alertam especialistas. *Jornal da Unicamp*. Campinas, 3 out. 2017. Entrevista concedida a Luiz Sagimoto. Disponível em: <<https://www.unicamp.br/unicamp/ju/noticias/2017/10/03/vetos-podem-desfigurar-lei-de-migracao-alertam-especialistas>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

_____.; ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis. Os vetos à nova lei de migração brasileira: a interpretação como um passo necessário. In: BAENINGER, Rosana et. al. (orgs.). *Migrações sul-sul*. Campinas: Nepo/Unicamp, 2018. p. 597-608.

VERGARA, Sylvia Constant. *Projetos e relatórios de pesquisa em administração*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZUBILLAGA, Carlos. Breve panorama da imigração maciça no Uruguai (1870-1931). *In*: FAUSTO, Boris (org.). *Fazer a América: a imigração em massa para a América-Latina*. São Paulo: EDUSP, 2000. p. 419-460.