

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**IMIGRAÇÃO E SOBERANIA NACIONAL: ANÁLISE DA
POLÍTICA BRASILEIRA DE MIGRAÇÃO À LUZ DAS
NORMAS INTERNACIONAIS SOBRE FLUXO DE PESSOAS**

MANUELA FERNANDA GONÇALVES FERREIRA

Itajaí-SC - Fevereiro/2017

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

IMIGRAÇÃO E SOBERANIA NACIONAL: ANÁLISE DA POLÍTICA BRASILEIRA DE MIGRAÇÃO À LUZ DAS NORMAS INTERNACIONAIS SOBRE FLUXO DE PESSOAS

MANUELA FERNANDA GONÇALVES FERREIRA

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientadora: Professora Doutora Luciene Dal Ri

Itajaí-SC - Fevereiro/2017

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha mãe, Roseli de Souza Ferreira, que sempre esteve presente em todos os momentos da minha vida. Nada é mais importante do que isso e nem ninguém é mais importante do que você. Obrigada por ter me ensinado o valor do estudo e do trabalho desde cedo e por ter participado de todas as minhas escolhas e decisões. Obrigada por ter estado comigo, mesmo quando eu não fui a melhor companhia.

Ao meu pai, Sérgio Gonçalves Ferreira (*in memoriam*), que foi determinante para que eu escolhesse o curso de Direito. Lamento muito por você ter ido tão cedo e não poder te abraçar nesse momento.

Durante esta caminhada no curso de Pós-Graduação, também contei com o apoio de Jonatas Sosnoski, a quem agradeço imensamente por ter estado ao meu lado em todos os momentos, mas, principalmente, naqueles em que eu não encontrava mais forças para continuar. Lecionar, advogar e estudar ao mesmo tempo realmente não foi tarefa das mais fáceis, mas o fato de termos vivido o mesmo momento nos estudos fez com que essa etapa fosse mais leve e prazerosa. Obrigada por me incentivar a seguir sempre em frente, mesmo quando eu já não acreditava. Amo você.

Agradeço também a minha orientadora, querida professora Luciene Dal Ri. Inteligente, paciente e bem-humorada, que com sua humildade sempre me mostrou o melhor caminho a seguir. Obrigada por deixar tudo mais leve.

Meu sincero agradecimento também à professora Lúcia Helena Souza Martins por ter oportunizado meu ingresso na academia como docente e por me orientar nessa profissão, tão nobre, que despertou o interesse e a busca por mais conhecimento.

E, por fim, aos amigos Denis Fernando Radun, Elenice Bueno e Júlia Strunk por mostrarem afeto e incentivo. Compartilhar os momentos vividos com vocês deixa a vida mais agradável.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha mãe, Roseli de Souza Ferreira, que sempre esteve presente, que é meu exemplo, meu porto seguro. A você, mãe, todo o meu amor.

Age de modo que consideres a humanidade tanto na tua pessoa quanto na de qualquer outro, e sempre como objetivo, nunca como simples meio.

Immanuel Kant

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca dele.

Itajaí-SC, 20 de fevereiro de 2017.

Manuela Fernanda Gonçalves Ferreira
Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACNUR	Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados
CNIg	Conselho Nacional de Imigração
CONARE	Comitê Nacional para os Refugiados
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MINUSTAH	Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
PIB	Produto interno bruto
PL	Projeto de Lei

SUMÁRIO

RESUMO.....	p. 11
ABSTRACT.....	p. 12
INTRODUÇÃO.....	p. 13
1 O FLUXO MIGRATÓRIO E O MUNDO GLOBALIZADO – RELAÇÕES E PARADOXOS.....	p. 17
1.1 FLUXO MIGRATÓRIO NO MUNDO.....	p. 17
1.1.1 Globalização e migração: efeitos paradoxais.....	p. 18
1.1.2 Uma necessidade seletiva e a perspectiva de direitos humanos.....	p. 21
1.1.3 Desigualdade social e as teorias econômicas sobre migração.....	p. 28
1.2 CONCEITO E TIPOS DE MIGRAÇÃO.....	p. 33
1.2.1 Definições e conceitos do migrante.....	p. 35
1.2.2 Condição pertencimento do imigrante.....	p. 38
2 O DIREITO DE IR E VIR E A SOBERANIA ESTATAL: REGULAMENTAÇÕES INTERNACIONAIS E REGIONAIS.....	p. 44
2.1 O DIREITO DE IR E VIR E A SOBERANIA ESTATAL – RELAÇÕES E LIMITES.....	p. 44
2.1.1 O direito de ir e vir – concepções e atual posição no direito internacional.....	p. 45
2.1.2 Soberania estatal e seus limites.....	p. 49
2.2 ESTRUTURA NORMATIVA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AO MIGRANTE.....	p. 54
2.2.1 OIT: convenções nº 19, 97 e 143.....	p. 56
2.2.2 ONU: instrumentos de proteção ao migrante	p. 61
2.3 REGULAMENTAÇÕES REGIONAIS SOBRE MIGRAÇÃO.....	p. 74
3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ESTATUTO DO ESTRANGEIRO: A NECESSIDADE DE UMA NOVA LEGISLAÇÃO.....	p. 78
3.1 IMIGRAÇÃO NO BRASIL – A LIVRE LOCOMOÇÃO E O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL AO ESTRANGEIRO.....	p. 78
3.2 O ESTATUTO DO ESTRANGEIRO E DEMAIS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS.....	p. 87

3.2.1 Concessão de visto e admissão do estrangeiro.....	p. 94
3.2.2 Estatuto do refugiado.....	p. 100
3.3 PROJETO LEI DE MIGRAÇÕES Nº 2.516/2015 E SUAS INOVAÇÕES.....	p. 104
 CONCLUSÃO	 p. 113
 REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS	 p. 119

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa constitucionalismo e produção do direito. O objetivo científico é investigar o processo migratório que envolve o Brasil e determinar como o país vem tratando o fenômeno por meio do seu ordenamento jurídico. A questão visa analisar se as políticas migratórias brasileiras refletem o conteúdo das normas internacionais e regionais sobre fluxo de pessoas e da Constituição Federal de 1988, conhecida como constituição inclusiva e pluralista. É certo que a globalização influencia o trânsito migratório, no entanto, ao mesmo tempo que prevê fronteiras abertas para o fluxo de mercado, não atua da mesma forma com o fluxo de pessoas. Assim, o direito de ir e vir sofre limitações em razão da soberania estatal, mesmo diante de um mundo globalizado. Normas de direitos humanos devem pautar e serem observadas nas hipóteses de limitações do direito de ir e vir, a fim de que não haja arbitrariedades. As regulamentações internacionais e regionais sobre o direito de ir e vir visam proteger o migrante e limitam a atuação do estado no exercício de sua soberania. A soberania interna resta limitada pelo Estado Democrático de Direito. Entretanto, nos dois âmbitos da soberania, ao serem adotados conceitos vagos e subjetivos, em especial com relação às limitações, possibilitam discricionariedade e arbitrariedade do poder estatal. A Constituição Federal de 1988 é inclusiva também à luz da imigração, pois sujeita todos os poderes ao instituto da lei, visto que o Estado brasileiro é um Estado Democrático de Direito e privilegia o princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, outros instrumentos internos que tratam da matéria já estão superados como o Estatuto do Estrangeiro que prevê uma política migratória voltada ao interesse nacional. O Método utilizado na fase de Investigação foi o indutivo. O trabalho foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica descritiva.

Palavras-chave: Migração. Globalização. Direito de ir e vir. Soberania. Estrangeiro.

ABSTRACT

The present Dissertation is part of the line of research Constitutionalism and Production of Law. The scientific objective is to investigate the migratory process involving Brazil, and to determine how the country has dealt with the phenomenon through its legal system. This question seeks to analyze whether Brazilian migratory policies reflect the content of the international and regional regulations on the flow of people, and of the Federal Constitution of 1988, known as an inclusive and pluralistic constitution. It is certain that globalization influences migratory transit; however, while it provides open borders to the flow of market, it does not act in the same way when it comes to the flow of people. Therefore, the right to come and go has suffered limitations due to state sovereignty, even in today's globalized world. Human rights regulations must be governed by, and observed in the hypotheses of limitations of the right to come and go, so that there is no arbitrariness. The international and regional regulations concerning the right to come and go aim to protect the migrant, and limit the action of the state in the exercise of its sovereignty. Internal sovereignty remains limited by the Democratic State of Right. However, in both scopes of sovereignty, when vague and subjective concepts are adopted, especially in relation to the limitations, they enable discretion and arbitrariness of the state's power. The Federal Constitution of 1988 is also inclusive in light of immigration, because it subjects all the powers to the institute of the law, considering that the Brazilian State is a Democratic State of Right and privileges the principle of the dignity of the human person. However, other internal instruments that deal with the matter have already been superseded, such as the Statute of the Foreigner, which sets forth a migratory policy that is geared toward the national interest. The inductive Method used in the Investigation phase. The work was developed through descriptive bibliographic research.

Keywords: Migration. Globalization. Right to come and go. Sovereignty. Foreigner.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O objetivo científico da pesquisa é investigar o processo migratório que ocorre no Brasil e determinar como o país vem tratando esse fenômeno diante do ordenamento jurídico. Diante disso, procura-se verificar se as políticas migratórias brasileiras refletem um conteúdo que visa tutelar direitos humanos e proteger a figura do imigrante.

Entre os séculos XIX e XX, o Brasil foi um país receptor de imigrantes, mas com a Ditadura Militar o cenário mudou e passou a ser um país de emigrantes, com uma política muito mais fechada ao ingresso de estrangeiros. No entanto, o fluxo de pessoas que ingressam no Brasil tem aumentado nos últimos anos.

Atualmente, o Brasil tem sido o destino de pessoas com diversas nacionalidades, por diversos motivos, pela busca de melhores condições de vida, por maior liberdade, por conta de perseguições, guerras, desastres naturais, etc. Em 2013, o Brasil abrigava cerca de 940 mil imigrantes. Os principais países de origem da população imigrante no Brasil são: Portugal, com 277.727; Japão, com 91.042; Itália, com 73.126; Espanha, com 59.985¹. Os imigrantes provenientes da América Latina, beneficiados pelo Acordo de Residência e Livre Trânsito entre os países do Mercosul, constituem mais de um quinto da soma dos imigrantes estabelecidos no Brasil, com um total de 237.318 pessoas, sendo os principais representantes: Bolívia, com 50.240, e Argentina, com 42.202².

Com relação ao refúgio, o número total de solicitações aumentou entre 2010 e 2015, passando de 966 solicitações em 2010 para 28.670 em 2015. A maioria dos solicitantes de refúgio vem da África, da Ásia, inclusive do Oriente Médio e do

¹ Disponível em: <<https://oestrangeiro.org/2013/05/22/exclusivo-os-numeros-exatos-e-atualizados-de-estrangeiros-no-brasil-2/>>. Acesso em: 13 out. 2016.

² Disponível em: <<https://oestrangeiro.org/2013/05/22/exclusivo-os-numeros-exatos-e-atualizados-de-estrangeiros-no-brasil-2/>>. Acesso em: 13 out. 2016.

Caribe³. De acordo com o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), o Brasil possuía, em abril de 2016, 8.863 refugiados reconhecidos, de 79 nacionalidades distintas, sendo os principais grupos compostos por pessoas vindas da Síria (2.298), Angola (1.420), Colômbia (1.100), República Democrática do Congo (968) e Palestina (376). Destes, 28,2% são mulheres. Outro importante dado a ser mostrado refere-se aos estrangeiros haitianos que ingressam no país e que representam importante contingente populacional.

Diante desses dados, percebe-se que as migrações possuem peculiaridades próprias com relação ao Brasil, que recebe imigrantes vindo de países ricos, pobres e também refugiados. O contingente populacional de imigrantes que chega no país é muito heterogêneo e proveniente de diversos países e contextos diferentes. Muitos deslocamentos estão relacionados ao fenômeno da globalização e seus efeitos na América Latina, outros se dão em razão de desastres ambientais e pedidos de refúgio.

Diante desse contexto e da relevância e da atualidade do tema, o problema a ser analisado é: As políticas migratórias brasileiras refletem o conteúdo das normas internacionais e regionais sobre fluxo de pessoas e da Constituição Federal de 1988, amplamente conhecida como uma constituição inclusiva e pluralista?

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) O Brasil tem seu fluxo migratório influenciado pela globalização, no entanto, a globalização não garante a abertura de fronteiras aos estrangeiros e nem tampouco facilidades no estabelecimento. Assim, o estrangeiro sofre dificuldades ao entrar e estabelecer-se em outra comunidade, processo que deve ser pautado por políticas atentas à dignidade da pessoa humana e que visem a concretização dos direitos humanos.

b) As regulamentações internacionais e regionais sobre o direito de ir e vir limitam a atuação do Estado, assim como o Estado Democrático de Direito. Contudo,

³ Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>>. Acesso em: 13 out. 2016.

essa limitação legislativa não é suficiente, uma vez que se utiliza de conceitos vagos e subjetivos que possibilitam a discricionariedade do poder estatal.

c) A Constituição Federal de 1988 é inclusiva também à luz da imigração. Entretanto, outros instrumentos internos que tratam da matéria, como o Estatuto do Estrangeiro, também não refletem completamente os objetivos e os princípios constitucionais pluralistas, havendo a necessidade de uma nova legislação.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

O Capítulo 1 visa investigar o fenômeno migratório no mundo globalizado. Para tanto, o texto aborda o conceito de globalização e seus mecanismos no processo migratório e como a desigualdade criada pela própria globalização opera no contexto migratório, atraindo e, ao mesmo tempo, repelindo pessoas. Especial destaque dá-se às teorias econômicas que visam explicar o fenômeno do trânsito internacional de pessoas. Após, trata-se do conceito de migração, dos tipos e das características, bem como do *status* jurídico do estrangeiro e do imigrante.

O Capítulo 2 trata do direito de ir e vir e da soberania estatal, bem como das limitações sofridas por esses dois institutos em especial, em razão das políticas internacionais de migração. Será abordada uma visão crítica sobre a questão envolvendo soberania nacional nos moldes atuais, bem como o papel do Estado Democrático de Direito e do próprio direito internacional em questões de soberania ligadas à migração. Dando sequência ao estudo, serão apresentadas a forma como o direito de ir e vir restou normatizado, analisando-se a estrutura normativa internacional de proteção ao migrante. Além disso, serão também analisadas as políticas regionais de imigração concernentes ao Brasil, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Acordo sobre residência para nacionais dos Estados Partes do Mercosul.

O Capítulo 3 dedica-se a abordar o contexto atual de migrações no país, bem como a legislação nacional sobre migração, o reconhecimento constitucional da livre locomoção e como o estrangeiro recebe tratamento na Constituição Federal

Brasileira. Será tratado, por meio de uma análise crítica, o Estatuto do Estrangeiro, principal instrumento normativo hoje que dá o tratamento do estrangeiro no território nacional. Essa análise passa pelo contexto histórico da legislação, bem como à luz do princípio da dignidade da pessoa humana presente na Constituição Federal Brasileira. Além disso, será analisado o projeto de lei que pretende modificar a legislação sobre o estrangeiro no ordenamento jurídico nacional, bem como quais são, hoje, as políticas adotadas com relação ao ingresso de estrangeiros no país.

O presente Relatório de Pesquisa encerra-se com as Conclusões, nas quais são apresentados aspectos destacados da investigação e das fundamentadas contribuições que traz a comunidade científica e jurídica quanto ao Tema, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a migração no Brasil e a legislação existente.

O Método utilizado na fase de Investigação foi o indutivo. O trabalho foi desenvolvido por meio de pesquisa qualitativa, bibliográfica e descritiva, operacionalizada por intermédio da consulta a livros, textos, artigos e leis, bem como *sites* relacionados.

CAPÍTULO 1

O FLUXO MIGRATÓRIO E O MUNDO GLOBALIZADO – RELAÇÕES E PARADOXOS

O primeiro capítulo visa investigar as razões pelas quais as migrações acontecem, bem como de que modo a globalização influencia o fenômeno. Visa, também, entender se as políticas migratórias brasileiras são inclusivas. Para tanto, abordam-se os dados do fenômeno, na atualidade, no mundo, e de que forma a globalização atua no trânsito internacional de pessoas, influenciando as pessoas na decisão de deslocarem-se, bem como na decisão dos Estados em receberem ou não imigrantes.

Será também tratado sobre o conceito, os tipos e as características da migração, passando pela análise do *status* jurídico do imigrante e do estrangeiro. Discorre-se, também, sobre a questão de pertencimento e a violação de direitos humanos do estrangeiro, que sofre dificuldades ao entrar e estabelecer-se em outra comunidade. Enfatiza-se que esse processo deve ser pautado por políticas que visam a concretização dos direitos humanos.

1.1 FLUXO MIGRATÓRIO NO MUNDO

A migração é, sem dúvida, um fator humano que está presente em diversos momentos da história da humanidade e remonta desde a antiguidade. As pessoas migram, dentre outros motivos, pela busca de melhores condições de vida, por liberdade, por conta de perseguições, guerras, desastres naturais.

O período moderno foi marcado por migrações movidas pelo aspecto econômico e por uma política liberal a esse respeito. No século XX, o aspecto econômico aparece nas migrações de modo ainda mais acentuado, fomentado pelo fenômeno da globalização. Isso porque, com a globalização, surgiram mais oportunidades de mercado, comunicação mais acessível e facilidades no transporte.

Dados da Organização das Nações Unidas (ONU)⁴ informam que o número de migrantes continua em ascensão. Em 2005, 191 milhões de pessoas viviam fora do seu país de nascimento, número que representa 3% da população mundial. Conforme os dados da ONU, pode-se afirmar que uma entre dez pessoas que vivem nas regiões mais desenvolvidas do planeta é imigrante. Nas regiões menos desenvolvidas, esse número cai para um imigrante a cada setenta pessoas; portanto, 60% dos imigrantes vivem em regiões mais desenvolvidas.

O maior número de imigrantes vive na Europa (64 milhões), seguida pela Ásia (53 milhões) e América do Norte (45 milhões). Nos últimos 50 anos, o número de imigrantes alcançou o patamar de 244 milhões em 2015. Três quartos de todos os imigrantes estão concentrados em apenas 28 países, e, a cada cinco imigrantes, um vive nos Estados Unidos da América. Além disso, também de acordo com estatísticas da ONU⁵, países do Golfo como Bahrain, Kuwait, Omã, Qatar, Arábia Saudita e Emirados Árabes Unidos têm mais imigrantes do que nacionais em sua população total.

Esses dados demonstram que os países desenvolvidos são os maiores receptores do movimento populacional internacional, uma vez que os imigrantes buscam melhores condições de vida e de trabalho.

1.1.1 Globalização e migração: efeitos paradoxais

A globalização é um processo que acontece no mundo e que vem modificando a forma de interação dos países para além de suas fronteiras. Os aspectos da globalização são muitos, em especial o econômico, o comercial, o cultural, o social, o político e o que diz respeito também ao compartilhamento de informações.

O fluxo migratório fomentado por questões econômicas está intimamente relacionado à forma organizacional do mundo globalizado. Conforme o relatório

⁴ ONU. Organização das Nações Unidas. Department of Economic and Social Affairs, Population Division. **International Migration Report 2015**. United Nations: New York: Highlights, 2016. p. 3.

⁵ ONU. Organização das Nações Unidas. Department of Economic and Social Affairs, Population Division. **International Migration Report 2015**. United Nations: New York: Highlights, 2016. p. 3.

International Migration and Human Rights do *Global Migration Group*⁶, observa-se que o principal elemento de fomento da migração é a busca por melhores condições de vida, com ênfase na migração para os países desenvolvidos.

Ianni⁷ descreve, no contexto histórico, o surgimento da globalização a partir da queda do Muro de Berlim, que representa o emblema de um mundo bipolarizado. Esse marco, ocorrido em 1989, demonstra que as noções de colonialismo, imperialismo, dependência e interdependência, assim como as de projeto nacional, capitalismo nacional, socialismo nacional e outras, haviam mudado de significado e exigiam novas formulações. Assim, esse processo caracteriza-se pela ruptura do antigo modelo preexistente de mundo bipolarizado, marcado pelo surgimento de novos polos de poder e blocos geopolíticos que apontam para um processo de compartilhamento de coisas, gentes e ideias⁸.

O propósito da globalização é compartilhar. Para que se atinja esse objetivo, um dos principais efeitos é a abolição das fronteiras, proporcionando maior facilidade na circulação de bens e de riquezas entre os países. A abertura das fronteiras para circulação de riquezas gera impacto no modelo de produção de bens e de riquezas. Diante disso, Ianni⁹ diz que as forças produtivas ultrapassaram fronteiras geográficas históricas e culturais e que o processo globalizatório criou outras formas sociais de vida e de trabalho. Para o autor, esse é um processo civilizatório, “[...] já que desafia, rompe, subordina, mutila, destrói ou recria outras formas sociais de vida e trabalho, compreendendo modos de ser, pensar, agir, sentir e imaginar”.

Esse aspecto assume especial relevância, pois a integração econômica e social deve passar também pelo compartilhamento de experiências entre as pessoas¹⁰. Esse seria o aspecto mais profundo e completo da globalização, que se daria com a concretização da livre circulação de pessoas como consequência natural e almejada do processo. É um dos principais fatores da integração econômica, social,

⁶ GMG. Global Migration Group. **Migration and human rights**. 2016. Disponível em: <<http://www.globalmigrationgroup.org/migration-and-human-rights>>. Acesso em: 3 nov. 2016.

⁷ IANNI, Octavio. **A era do globalismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. p. 12-13.

⁸ IANNI, Octavio. **A era do globalismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. p. 12-13.

⁹ IANNI, Octavio. **A era do globalismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. p. 13.

¹⁰ ALMEIDA, Paulo Sérgio. **Mercosul e migrações**. Brasília: Conselho Nacional de Imigração, 2008. p. 13.

cultural e política,¹¹ pois a livre circulação de pessoas caracteriza a própria integração em si.

Nesse sentido, a globalização poderia definir um palco mais facilitado e rápido de circulação de pessoas, pois, com esse processo, as oportunidades de mercado foram expandidas e os meios de comunicação tornaram-se acessíveis assim como o transporte. Isso poderia significar facilidade no compartilhamento de diversos fatores, inclusive pessoas. No entanto, essa pretensa mobilidade pode ser dificultada por políticas unilaterais, acordos bilaterais, acordos regionais e multilaterais¹².

A União Europeia, por exemplo, enfatiza e incentiva a livre circulação de trabalhadores e produtores de riquezas e apenas, posteriormente, preocupa-se com a circulação de pessoas em geral¹³. Também, como exemplo, cita-se o Mercosul¹⁴, que foi criado em 1999 com o objetivo de “[...] consolidar a integração política, econômica e social entre os países que o integram, fortalecer os vínculos entre os cidadãos do bloco e contribuir para melhorar sua qualidade de vida”. No entanto, diversos tratados foram firmados ao longo do tempo visando o fortalecimento econômico, mas, em 2002, é que foi firmado o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, Bolívia e Chile. Esse acordo foi promulgado no Brasil em outubro de 2009 pelo Decreto nº 6.975, quase 20 anos após a criação do bloco, o que demonstra a falta de interesse dos países em estabelecerem políticas para a livre circulação de pessoas, inclusive no contexto da globalização.

A ideia de mundo globalizado não significa que necessariamente existam, nesse processo, também cidadãos globais, com livre acesso a todas as áreas do

¹¹ ALMEIDA, Paulo Sérgio. **Mercosul e migrações**. Brasília: Conselho Nacional de Imigração, 2008. p. 13.

¹² ONU. Organização das Nações Unidas. Department of Economic and Social Affairs, Population Division. **International Migration Report 2015**. United Nations: New York: Highlights, 2016. p. 75.

¹³ PARLAMENTO EUROPEU. **Livre circulação dos trabalhadores**. 2016. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.1.3.html>. Acesso em: 21 dez. 2016.

¹⁴ O Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) foi criado pelo Tratado de Assunção, em 26 de março de 1991, pelos governos de Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, seguido pela assinatura do Protocolo de Ouro Preto, em 1994, que completou a estrutura institucional do bloco. São Estados Associados do MERCOSUL: a Bolívia (em processo de adesão ao MERCOSUL), o Chile (desde 1996), o Peru (desde 2003), a Colômbia e o Equador (desde 2004). Guiana e Suriname tornaram-se Estados Associados em 2013. Com isso, todos os países da América do Sul fazem parte do MERCOSUL, seja como Estados Parte, seja como Associado.

planeta. Muitas fronteiras estão abertas para os fluxos de capital e, ao mesmo tempo, fechadas para os fluxos migratórios. Isso se dá pelo fortalecimento dos controles territoriais nas fronteiras, que torna a mobilidade internacional dificultosa¹⁵. É assim que as migrações não acompanham o mesmo destino da abertura dos mercados¹⁶; muito ao contrário, os fluxos migratórios, hoje, estão marcados por políticas legais muito mais restritivas.

Essas barreiras legais são criadas como forma de proteção dos Estados, diante das crises econômicas pelas quais passaram ou ainda passam. A migração que “[...] sempre foi um elemento básico da condição humana, hoje reflete questões individuais e coletivas que colocam a prova o próprio funcionamento do Estado”¹⁷.

É por isso que a globalização traz efeitos paradoxais para o contexto migratório, pois, ao mesmo tempo que prevê o deslocamento de bens e de pessoas, a soberania nacional dos Estados, com suas políticas migratórias, restringe o direito de ir e vir, o que pode trazer consequências de violação aos direitos humanos¹⁸. Assim o fenômeno que se manifesta por meio da “[...] homogeneização dos costumes, padronização cultural, da integração entre os mercados produtores e consumidores, e da ideologia de um mundo só”, possui efeitos discrepantes quando se trata de migração.

1.1.2 Uma necessidade seletiva e a perspectiva de direitos humanos

O trânsito humano sofre restrições pelos países que visam resguardar seus mercados de trabalho, economia e todo tipo de benefício de ordem social, mesmo no contexto da globalização. Conforme já informado, a União Europeia, por exemplo,

¹⁵ ALVES, André Thiago J. Globalização e movimentos migratórios. In: PEREIRA, Gloria Maria Santiago; PEREIRA, José de Ribamar Souza. (Orgs.) **Migração e globalização**: um olhar interdisciplinar. Curitiba: CRV, 2012. p. 57.

¹⁶ BERNER, Vanessa Oliveira Batista. Prefácio. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; GODOY, Gabriel Gualano de. (Coords.) **Migrações**: Políticas e direitos humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha. Curitiba: Juruá, 2015. p. 10.

¹⁷ BERNER, Vanessa Oliveira Batista. Prefácio. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; GODOY, Gabriel Gualano de. (Coords.) **Migrações**: Políticas e direitos humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha. Curitiba: Juruá, 2015. p. 10.

¹⁸ SANTOS, Isabelle Dias Carneiro. A violação dos DH diante dos fluxos migratórios e das políticas de segurança nacional: uma análise sobre Américas e Brasil. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 6, p. 112-128, 2013. p. 115.

ênfatiza e incentiva a livre circulação de trabalhadores e de produtores de riquezas e, apenas, posteriormente, passou a preocupar-se com a circulação de pessoas em geral¹⁹.

Entretanto, nem sempre foi assim. Em alguns momentos da história, os Estados receptores viram no imigrante a possibilidade de crescimento econômico, colocando nessa relação o fator utilidade, haja vista a necessidade da mão-de-obra. Cita-se o pós Segunda Guerra Mundial como exemplo, quando o continente europeu recebeu cerca de 13 milhões de imigrantes²⁰ que contribuíram para a reconstrução dos países destruídos pelo conflito. O continente devastado pela guerra necessitava de pessoas que fomentassem essa reconstrução. Assim, “[...] os meios humanos foram fornecidos numa primeira fase pelos deslocados, refugiados e emigrantes do leste e sul europeu”²¹.

A necessidade de mão-de-obra estrangeira por muitos países desenvolvidos ainda é uma realidade. A ONU²² caracteriza essa necessidade advinda do envelhecimento da população desses países. Além disso, outro motivo diz respeito ao fato de que os nacionais não têm interesse em desempenhar determinadas atividades. Apesar disso, muitos países permanecem conservadores²³ em relação à abertura de fronteiras aos estrangeiros.

Maior exemplo recente de que a migração é tida como um fator negativo para os países receptores foi a manifestação pela saída do Reino Unido da União Europeia, o chamado *Brexit*. Isso porque um dos grandes motivos para a saída do bloco foi o grande número de refugiados e imigrantes entrando na Europa e a pressão

¹⁹ PARLAMENTO EUROPEU. **Livre circulação dos trabalhadores**. 2016. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.1.3.html>. Acesso em: 21 dez. 2016.

²⁰ SALLES, Maria do Rosário Rolfsen *et al.* (Orgs.). **Imigrantes internacionais no Pós-Segunda Guerra Mundial**. Campinas: Núcleo de Estudos de População - Nepo/Universidade Estadual de Campinas, Faculdade Anhembi Morumbi, Universidade Federal de São Paulo, 2013. p. 12.

²¹ SALLES, Maria do Rosário Rolfsen *et al.* (Orgs.). **Imigrantes internacionais no Pós-Segunda Guerra Mundial**. Campinas: Núcleo de Estudos de População - Nepo/Universidade Estadual de Campinas, Faculdade Anhembi Morumbi, Universidade Federal de São Paulo, 2013. p. 12.

²² ONU. Organização das Nações Unidas. Department of Economic and Social Affairs, Population Division. **International Migration Report 2015**. United Nations: New York: Highlights, 2016. p. 75.

²³ Esses países permanecem conservadores com relação ao fluxo migratório, pois entendem que imigrantes podem trazer desestabilização social, política, econômica e cultural.

da União Europeia para que o país aceitasse imigrantes muçulmanos após o conflito na Síria²⁴.

Dessa forma, a abordagem adotada pela maioria dos países que precisam de mão-de-obra do estrangeiro é caracterizada pela ONU²⁵ como “abertura seletiva cautelosa” que se manifesta por meio de políticas unilaterais ou acordos bilaterais que lhes permitem escolher determinados países e grupos para acessar seus mercados de trabalho por um determinado período. Os imigrantes só são tolerados quando, no balanço entre custos e lucros, se apresenta um saldo positivo: “[...] a imigração só deve apresentar ‘vantagens’, especialmente as econômicas, sendo que as ‘desvantagens’ (custo social e cultural) devem ser evitadas a qualquer preço”²⁶.

É por isso que as regulamentações do processo migratório são impostas em “[...] função da necessidade de cada momento, de cada circunstância, mudando constantemente ao sabor das oscilações econômicas e da população”²⁷ e não acompanham a lógica do mundo globalizado de abertura de fronteiras. Assim, os estrangeiros são muitas vezes relegados a uma escala inferior na sociedade e experimentam um estado permanente de provisoriedade.²⁸

Sayad²⁹ diz que a expansão econômica se tornou “[...] a grande consumidora de emigrantes”, sendo os estrangeiros entendidos substancialmente como força de trabalho em trânsito. O imigrante é identificado pelo trabalho e por sua necessidade no processo produtivo. É o trabalho que o faz imigrante, que o coloca em trânsito, e, também, é o trabalho que condiciona a sua existência. O mercado o quer e precisa dele, da sua força de trabalho. Dessa maneira, revela-se a face obscura da imigração internacional - “[...] se fosse possível, o imigrante seria tratado apenas como trabalhador, sendo visível apenas parte do dia e de sua existência no espaço de

²⁴ Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2449>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

²⁵ ONU. Organização das Nações Unidas. Department of Economic and Social Affairs, Population Division. **International Migration Report 2015**. United Nations: New York: Highlights, 2016. p. 75.

²⁶ BERNER, Vanessa Oliveira Batista. Prefácio. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; GODOY, Gabriel Gualano de. (Coords.) **Migrações: Políticas e direitos humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 12.

²⁷ BERNER, Vanessa Oliveira Batista. Prefácio. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; GODOY, Gabriel Gualano de. (Coords.) **Migrações: Políticas e direitos humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 12.

²⁸ BERNER, Vanessa Oliveira Batista. Prefácio. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; GODOY, Gabriel Gualano de. (Coords.) **Migrações: Políticas e direitos humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 11.

²⁹ SAYAD, Abdelmalek. **A imigração**. Ou os paradoxos da alteridade. São Paulo: USP, 1998. p. 33-34.

destino”³⁰.

No entanto, a esfera de direitos do imigrante vai muito além da sua necessidade para o mercado de trabalho. Não se pode negar que é titular de direitos constituídos por meio de garantias de liberdades individuais, inerentes a sua condição humana. Esses direitos visam a dignidade humana e estão previstos em normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

A dignidade da pessoa humana apresenta-se como o fundamento da cultura política e jurídica moderna. A raiz dos valores, os princípios e os direitos iguais para todos³¹ têm suas raízes na ética e na filosofia moral e representa um valor, um conceito que está vinculado à moralidade, ao bem, à conduta correta e à vida boa³².

Esse é um conceito que surgiu muito antes do atual sistema de direito. O conceito de dignidade esteve presente na Antiguidade e expandiu-se ao período medieval e moderno. Dal Ri³³ ensina que “[...] a origem latina do termo remete ao uso da expressão *dignitas* na Roma Antiga, que implica significados inicialmente reconhecidos como mérito, grau e cargo”. No entanto, é apenas a partir do pensamento grego cristão que “[...] é possível a reflexão filosófica de construção da dignidade humana como fundamento axiológico dos direitos humanos”.

Já, no século XVIII, o conceito de dignidade da pessoa humana passa a ser visto como fundamento dos direitos humanos. Sobre essa época, Rocha³⁴ destaca que “[...] a dignidade da pessoa passa ser objeto de reivindicação política e embute o conceito que ainda hoje ostenta, referindo-se a uma condição que é essencialmente própria à pessoa humana”.

³⁰ TEDESCO, João Carlos. Modernidade e migração: o estrangeiro na globalização. In: PEREIRA, Gloria Maria Santiago; PEREIRA, José de Ribamar Souza. (Orgs.) **Migração e globalização: um olhar interdisciplinar**. Curitiba: CRV, 2012. p. 27.

³¹ PECES-BARBA, Gregorio. **Diez lecciones sobre ética, poder y derecho**. Madrid: Dykinson, 2010. p. 32.

³² BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 61.

³³ DAL RI, Luciene. Dignitas: continuidades e descontinuidades entre o antigo e o medieval. **Rev. Pistis Prax., Teol. Pastor.**, Curitiba, v. 6, n. 3, p. 753-772, set./dez. 2014. p. 756.

³⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. [200-]. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2016.

No período pós Segunda Guerra Mundial, o conceito de dignidade humana incorporou-se ao discurso político como uma meta a ser alcançada por instituições nacionais e internacionais³⁵. Passou a ser um conceito jurídico como consequência de uma mudança fundamental da interpretação jurídica que “[...] fez um movimento decisivo na direção da filosofia moral e política”. Isso quer dizer que o formalismo e o raciocínio puramente dedutivo não eram mais suficientes, mas sim uma interpretação que levasse em conta também valores morais. Assim, os tribunais passaram a recorrer frequentemente aos valores morais com a finalidade de aplicar corretamente princípios e legislações, o que favoreceu a ascensão da dignidade humana como conceito jurídico³⁶.

O termo dignidade humana dentro de seu aspecto histórico reflete a concepção por diversos ângulos que, segundo Dal Ri, pode estar

[...] baseada num comportamento moralmente adequado que permite uma situação social, evidenciando a responsabilidade de cada um; baseada num status natural, elemento intrínseco e centrado no intelecto e na vontade, que nos diferencia dos demais animais; ou baseada numa concepção de mera forma e concernente ao cargo público ocupado.³⁷

Sarlet³⁸ pontua que não se pode olvidar que cada sociedade tenha a sua própria concepção do que é dignidade humana e o que constitui um tratamento indigno. Apesar disso, o autor explica que a ideia de dignidade humana deve apontar para uma comunidade constitucional inclusiva, “[...] necessariamente pautada pelo multiculturalismo mundivisional, religioso ou filosófico e, portanto, contrária a uma compreensão reducionista e até mesmo ‘paroquial’ da dignidade”.

Barroso³⁹ ensina que a dignidade humana atua “[...] como um valor fundamental que é também um princípio constitucional”, funcionando tanto “[...] como

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 62.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 63.

³⁷ DAL RI, Luciene. Dignitas: continuidades e discontinuidades entre o antigo e o medieval. **Rev. Pistis Prax., Teol. Pastor.**, Curitiba, v. 6, n. 3, p. 753-772, set./dez. 2014. p. 769.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC [online], n. 9, jan./jun. 2007. p. 385.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo

justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais”.

No ordenamento jurídico, a dignidade humana atua de diversas formas. Inicialmente, pode-se dizer que assume papel de princípio com conteúdo abstrato e que, na falta de normas expressas a respeito de um direito humano ou de uma garantia individual fundamental, deve pautar a regra. Assim, o conteúdo da dignidade humana proíbe a discriminação de imigrantes no processo de admissão de emprego, por exemplo, mesmo em um ordenamento que não possua essa regra de forma explícita. O outro papel relevante que a dignidade humana assume no contexto jurídico é interpretativo. Barroso⁴⁰ diz que: “A dignidade humana é parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como a igualdade, a liberdade ou o direito ao voto”, por exemplo. Assim sendo, a dignidade humana irá informar a interpretação desses direitos constitucionalmente previstos de modo a definir o sentido nos casos concretos. Para Barroso⁴¹, a dignidade humana atua como uma “[...] bússola na busca da melhor solução. E mais ainda, “[...] qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula”.

A partir dos conceitos ora abordados e trazendo a discussão sobre dignidade humana para o âmbito desta pesquisa, é imperativo afirmar que, tanto como princípio jurídico⁴² como papel interpretativo, devem pautar as questões migratórias no sentido de evitar tratamentos indignos aos imigrantes. Nesse sentido, é relevante a afirmação de Arendt⁴³ que caracteriza a violação de direitos humanos não como sendo a perda de direitos específicos, “[...] mas a perda de uma comunidade disposta e capaz de garantir quaisquer direitos”. A autora vai além da normatização dos direitos humanos como meio de tutela, dizendo que “[...] o homem pode perder todos os chamados Direitos do Homem sem perder a sua qualidade essencial de homem, sua

Horizonte: Fórum, 2014. p. 66.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 66.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 66.

⁴² Princípios jurídicos são normas que possuem maior ou menor peso de acordo com as circunstâncias e fornecem argumentos que devem ser considerados pelo ordenamento jurídico como um todo.

⁴³ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 405.

dignidade humana. Só a perda da própria comunidade é que o expulsa da humanidade”. Essa análise evidencia que políticas restritivas de migração, com olhar apenas econômico em favor do mercado e do Estado, que não garantem uma inclusão plena do estrangeiro, com a garantia de direitos sociais, econômicos e culturais culminam com violações de direitos humanos.

Peces-Barba⁴⁴ descreve a importância da dignidade da pessoa humana, dizendo que: *“Efectivamente, es el fundamento último de la cultura política y jurídica moderna. La raíz tanto de los valores, los principios y los derechos, como de los procedimientos iguales para todos”*. Assim, a dignidade humana deve ser o fundamento das sociedades, a raiz dos valores, dos princípios e dos direitos, pautando também a atuação estatal, inclusive com relação aos estrangeiros.

A dignidade da pessoa humana e direitos humanos são indivisíveis. Em razão disso, a violação aos direitos econômicos, sociais e culturais propicia a violação aos direitos civis e políticos, uma vez que a vulnerabilidade econômico-social de grupos como os imigrantes leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos.⁴⁵ Dessa maneira, a negação de direitos sociais, econômicos e culturais aos estrangeiros, como trabalho digno, educação, saúde, segurança, liberdade de expressão e religiosa e o direito de permanência, por exemplo, pode culminar em diversas modalidades de violência como discriminação, xenofobia, racismo, situação análoga à de escravo.

Uma das grandes consequências da violência contra direitos humanos dos estrangeiros é a dificuldade de acesso à justiça. Quando ocorre, por exemplo, a expulsão de imigrantes trabalhadores encontrados em situação irregular, esse tipo de medida configura uma política restritiva e dificulta o acesso do estrangeiro ao Poder Judiciário a fim de reivindicar direitos trabalhistas e previdenciários violados. Essa postura pode inclusive ter o efeito reverso - ao invés de coibir a vinda de trabalhadores irregulares, pode incentivar a absorção de imigrantes pelo mercado de trabalho, tendo em vista que gera uma noção de impunidade a empregadores⁴⁶ que exploram

⁴⁴ PECES-BARBA, Gregorio. **Diez lecciones sobre ética, poder y derecho**. Madrid: Dykinson, 2010. p. 32.

⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015b. p. 67.

⁴⁶ O Ministério Público do Trabalho pode atuar em casos de trabalhadores estrangeiros ilegais, por meio de procedimentos administrativos (inquéritos civis, audiências públicas, etc.) e ações judiciais, como ação civil pública, ação de execução, medidas cautelares, dentre outras, investigando e buscando punições aos empregadores.

peessoas em situação ilegal.

Assim, para que a livre circulação de pessoas aconteça de fato, com a tutela desses direitos, deve existir um esforço conjunto, entre os governos e os diversos atores sociais. Esse esforço deve estar pautado especialmente no que diz respeito ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana do imigrante e, conseqüentemente, de direitos ligados ao trabalho, à saúde, à educação, à previdência social, à justiça, à residência e à permanência, produzindo mudanças profundas na própria sociedade do país receptor⁴⁷. Não bastam políticas universalistas; a proteção de direitos humanos dá-se de forma efetiva, com políticas específicas, que visem a tutela de grupos socialmente vulneráveis, como é o caso dos estrangeiros, quando vítimas de exclusão social⁴⁸.

1.1.3 Desigualdade social e as teorias econômicas sobre migração

Outro importante aspecto a ser debatido é o fato de que a migração também acontece como resultado das desigualdades sociais existentes entre os países⁴⁹. Piovesan⁵⁰ explica que o processo de globalização econômica tende a flexibilizar direitos sociais por meio de desmantelamento de políticas públicas voltadas a responder aos problemas das economias modernas, o que explica e agrava ainda mais as desigualdades sociais.

O relatório *International Migration Report 2015: Highlights*⁵¹ aponta que, embora a maioria dos migrantes internacionais em todo o mundo vivam em países de alta renda, a maioria dos migrantes são originários de países de renda média. Em 2015, havia 157 milhões de migrantes internacionais que nasceram em um país de renda média, o que correspondia a quase 65% de todos os migrantes. Relativamente menos migrantes originaram-se de Países da Organização para a Cooperação e

⁴⁷ LUPI, Carlos. 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. 11.

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015b. p. 67.

⁴⁹ ALVES, André Thiago J. Globalização e movimentos migratórios. In: PEREIRA, Glória Maria Santiago; PEREIRA, José de Ribamar Souza. (Orgs.) **Migração e globalização: um olhar interdisciplinar**. Curitiba: CRV, 2012. p. 57.

⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015b. p. 62.

⁵¹ ONU. Organização das Nações Unidas. Department of Economic and Social Affairs, Population Division. **International Migration Report 2015**. United Nations: New York: Highlights, 2016. p. 14.

Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁵² (42 milhões, ou 17%), países de alta renda que não pertencem à OCDE (20 milhões, ou 8%) e de países de baixa renda (25 milhões, ou 10%).⁵³

Assim, o problema da globalização como causadora de desigualdade social começa com os países desenvolvidos. Habermas⁵⁴ descreve que a desnacionalização da produção econômica afeta os países industrializados uma vez que as estratégias de investimento das empresas orientam-se pelo mercado financeiro e de trabalho, hoje organizados em rede mundial. Dessa forma, as empresas de países ricos, para tornarem-se mais competitivas no mercado internacional, instalam-se em países pobres que conferem vantagens fiscais e econômicas, bem como mão-de-obra barata.

Como consequência, acontece a difusão de novas tecnologias de produção e, também, o crescimento de reserva de mão-de-obra barata nos países de Primeiro Mundo. É assim que o problema do desemprego surge nesses países⁵⁵, como o resultado de relações produtivas globalmente ligadas em rede, o que acarreta consequências sociais. Estas se concretizam com o empobrecimento de grupos sociais nacionais que não têm condições de alterar com suas próprias forças sua situação social. A desigualdade acontece na medida em que “[...] o mecanismo do mercado mundial acopla uma produtividade progressiva à miserabilidade crescente, isto é, processos de desenvolvimento a processos de subdesenvolvimento”. Habermas marca esse antagonismo, dizendo que “a globalização divide o mundo”.⁵⁶

Assim, observa-se, atualmente, o endurecimento da possibilidade de ingresso de imigrantes nos países ricos, tendo em vista que, ainda que em menor

⁵² É uma organização de cooperação internacional composta por 34 países que tem como objetivo buscar o desenvolvimento econômico permanente entre os países membros, encontrar caminhos para a manutenção da estabilidade financeira entre eles, discutir e propor metas para o desenvolvimento econômico mundial. A maioria dos membros da OCDE é composta por economias com um elevado PIB per capita e Índice de Desenvolvimento Humano e são considerados países desenvolvidos.

⁵³ Entre 2000 e 2015, o número de migrantes oriundos de países de renda média aumentaram mais rapidamente do que para qualquer outro grupo de rendimentos.

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 1997. p. 139.

⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 1997. p. 140.

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 1997. p. 206.

escala do que nos países subdesenvolvidos, estes países enfrentam também o desemprego.

Além disso, também fruto do processo de globalização, além dos países desenvolvidos, outros Estados passaram a receber imigrantes como, por exemplo, o Brasil por ser um país em desenvolvimento, e que ocupa papel de destaque na América do Sul. Isso se dá como consequência da globalização, porque, diante da desnacionalização da economia de países desenvolvidos, concretizada pela instalação de suas empresas em países subdesenvolvidos, como o Brasil, este se tornou território atrativo a trabalhadores estrangeiros vindos de países ainda mais pobres, em busca de emprego. Passou a ser então, além de tradicional exportador de mão-de-obra, também receptor de imigrantes, e hoje é procurado por grande contingente populacional dos países vizinhos, menos desenvolvidos como Argentina, Bolívia, Colômbia, Paraguai e Haiti⁵⁷. Nota-se, portanto, a relação de desigualdade como motivador dos fluxos migratórios.

Sassen⁵⁸ confirma que não necessariamente são os países mais ricos que recebem imigrantes, mas sim aqueles nos quais há investimentos estrangeiros e nos quais a cultura ocidental tem mais proeminência. Essa análise é muito reveladora, na medida em que o Brasil aparece agora no outro polo do trânsito migratório e coloca em destaque o questionamento sobre as políticas migratórias no país, que ainda são muito restritivas e podem ser instrumento de violação de direitos humanos.

É importante relatar que, entre os séculos XIX e XX, o Brasil foi um país receptor de imigrantes, com uma política sempre voltada à recepção de mão-de-obra. O período foi marcado por idas e vindas na abertura e no fechamento de fronteiras, a depender do momento econômico em que o país se encontrava. Com a Ditadura Militar, o cenário mudou e passou a ser um país de emigrantes, com uma política muito mais fechada ao ingresso de estrangeiros.

Com relação ao aspecto econômico das migrações, algumas teorias vêm sendo desenvolvidas ao longo do tempo, também com o objetivo de explicar o motivo

⁵⁷ SANTOS, Isabelle Dias Carneiro. A violação dos DH diante dos fluxos migratórios e das políticas de segurança nacional: uma análise sobre Américas e Brasil. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 6, p. 112-128, 2013. p. 113.

⁵⁸ SASSEN, Saskia. **The mobility of labor and capital**: a study in international investment and labor flow. Londres: Universidade de Cambridge, 1988.

pelo qual o deslocamento ocorre. Na perspectiva microeconômica, a teoria neoclássica sobre imigração de trabalhadores, defendida por Sjaastad, em 1962⁵⁹, afirma que o processo é causado pelas diferenças salariais entre países. O migrante, considerado indivíduo racional, tomaria a decisão de sair do seu país de origem ciente do diferencial de renda e do custo e do benefício da experiência migratória. O modelo neoclássico é conhecido por definir o sucesso do imigrante pela sua educação e experiência no trabalho, bem como pelo tempo de permanência no país de destino.⁶⁰

A grande crítica a essa teoria reside no fato de que ela não considera a ação econômica socialmente orientada do ato de migrar. Isso significa dizer que a busca por ganhos materiais e melhor qualidade de vida está relacionada à interação social no interior de um grupo e que a decisão não é tomada de modo individual.⁶¹ A crítica prevê que os migrantes devem ser vistos como integrantes de estruturas sociais que fomentam e influenciam o processo, inclusive a inserção do imigrante na sociedade de destino que passa a ser analisada sob esse enfoque.

Os novos economistas da migração do trabalho mudaram o foco da análise. Para essa teoria, defendida por Stark e Bloom em 1985⁶², as decisões migratórias não são tomadas pelos indivíduos de forma isolada, mas por grupos sociais culturalmente definidos, como famílias, “[...] nas quais as pessoas agem coletivamente, não apenas para maximizar a renda esperada, mas também para minimizar e afrouxar os constrangimentos associados a uma variedade de mercados de trabalho”⁶³.

Estudos norte-americanos sobre o funcionamento do mercado de trabalho sugerem outras duas teorias: a de segmentação e a do capital humano. A teoria da segmentação, pensada por Piore e Doeringer⁶⁴, em 1971, analisa que existe uma “[...] complementaridade entre o imigrante e o nativo quanto à locação de mercado de trabalho”. Os dois grupos visam diferentes oportunidades no mercado de trabalho que

⁵⁹ SJAASTAD, Larry A. **The costs and returns of human migration**. Chicago: The University of Chicago Press, 1962.

⁶⁰ Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/migt16_2.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.

⁶¹ Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/migt16_2.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.

⁶² STARK, Oded; BLOOM, David E. **The new economics of labor migration**. Nashville: American Economic Association, 1985.

⁶³ Disponível em: <http://www.cedeplar.ufmg.br/pesquisas/td/TD%20398.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2016.

⁶⁴ PIORE, Michael J.; DOERINGER, Peter B. **Internal labor markets and manpower analysis**. Armonk: M. E. Sharp, Inc., 1971.

é segmentado em dois estratos: o mercado de trabalho primário, que requer maior qualificação e promove maior renda; e o secundário, que requer baixa qualificação e, conseqüentemente, oferece baixos salários. Neste os migrantes não concorreriam com os nativos pelo emprego, uma vez que estariam destinados ao mercado de trabalho secundário, enquanto que os nacionais ao primário.

Já a teoria do capital humano, proposta inicialmente por Borjas⁶⁵, em 1990, afirma que “[...] os imigrantes ilegais têm acesso aos bens e serviços assistenciais do *welfare* americano, o que vem penalizando os orçamentos de alguns estados” que não conseguem prover de forma razoável todos os serviços sociais a que estão obrigados. Além disso, imigrantes com baixa qualificação são identificados pela teoria por retirar os empregos dos nacionais e rebaixar os salários das regiões. A proposta seria uma política restritiva e seletiva para a entrada e a permanência de imigrantes, que devem ser os que possuem melhor qualificação profissional, a fim de atingir um sistema econômico mais produtivo⁶⁶.

Sassen⁶⁷, em 1988, criticou vários pressupostos das teorias econômicas da migração, dizendo que não se pode negar que discrepâncias sociais, como pobreza e desemprego, geradas pelo sistema capitalista e pela reorganização da economia mundial em decorrência da globalização, são fatores que fomentam a migração. Assim, o trânsito internacional de pessoas está diretamente associado ao desenvolvimento do capitalismo, principalmente com o processo de globalização. Para Sassen, formou-se “[...] um espaço transnacional, onde a circulação de trabalhadores é apenas um dos fluxos dentre outros, como os de capital, mercadorias, serviços e informações”. E, diante da internacionalização da produção e da reorganização da economia mundial, o investimento estrangeiro é uma das variáveis dos fluxos das migrações internacionais.⁶⁸

A economia explica, por exemplo, o paradoxo da ocorrência de emigração em países com altas taxas de crescimento, como o Brasil, e desemprego em países

⁶⁵ BORJAS, George J. **Immigration economics**. Cambridge: Harward University Press, 1990.

⁶⁶ Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/migt16_2.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.

⁶⁷ SASSEN, Saskia. **The mobility of labor and capital: a study in international investment and labor flow**. Londres: Universidade de Cambridge, 1988.

⁶⁸ Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/migt16_2.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.

de destino, como os Estados Unidos. O que ocorre é a “generalização das relações de mercado” e o “desenvolvimento das formas modernas de produção”. Esses dois fatores “[...] têm levado a uma ruptura nas relações de emprego, desembocando na internacionalização da produção”⁶⁹. Essa ruptura está “[...] assentada no investimento estrangeiro, nas novas regiões que tomaram impulso com a emergência e implantação da nova indústria de processamento para exportação”. Nesse contexto, o investimento estrangeiro é a estrutura da nova economia reorganizada que cria condições para que imigração seja uma opção⁷⁰.

Para Piovesan⁷¹, é preciso reforçar a responsabilidade do Estado na implementação dos direitos sociais, buscando-se caminhos que assegurem a proteção e o respeito aos direitos humanos preservando condições para uma economia equilibrada. Assim, a relação entre governos e mercados deve ser complementar, de modo que as políticas sociais assegurem que as minorias que estejam em desvantagem, em especial os imigrantes, sejam considerados com o mínimo de respeito.

É importante frisar também que existe mais facilidade para o fluxo de capitais do que para o fluxo de pessoas. Para o último, as fronteiras encontram-se fechadas, ou são difíceis de serem ultrapassadas. No entanto, em função do capital disponível para investimento, países como Brasil⁷² e EUA propõem-se a conceder vistos aos investidores. Assim, fica claro que o capital é um fator de facilitação da imigração.

1.2 CONCEITO E TIPOS DE MIGRAÇÃO

O trânsito de pessoas entre as fronteiras é compreendido como a transferência de jurisdição de um Estado para o outro. Esse processo é caracterizado pelo deslocamento territorial humano⁷³. Há muito tempo as migrações acontecem; no

⁶⁹ Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/migt16_2.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.

⁷⁰ Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/migt16_2.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.

⁷¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015b. p. 63.

⁷² Resolução Normativa do CNlg 118/2015.

⁷³ BERNER, Vanessa Oliveira Batista Berner. Prefácio. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz;

entanto, são determinadas por fatores diversos, como desastres naturais, guerras, invasões colonizadoras, sem contar também com os fatores econômicos que fomentam esse movimento.

As migrações podem ser divididas em voluntárias ou forçadas. São forçadas ou involuntárias quando determinadas pela fuga de seres humanos de guerras, de perseguições políticas, raciais, ou provocadas por desastres ambientais causados pelo homem e cataclismos naturais⁷⁴. Já as voluntárias acontecem quando o deslocamento se dá com vistas a melhores condições de vida e oportunidades de trabalho⁷⁵. As duas categorias de migração estão tuteladas por instrumentos internacionais.

A migração forçada encontra garantias em documentos internacionais específicos e na ação do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). As normas referentes a esse tipo de migração possuem três vertentes de proteção internacional: direito internacional dos direitos humanos, direito internacional dos refugiados e direito internacional humanitário. Quanto às migrações voluntárias, essa modalidade está tutelada por convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e, também, tratados e resoluções da Assembleia Geral da ONU⁷⁶, o que será abordado no capítulo 2.

Outra classificação divide as migrações em espontâneas ou estimuladas. Espontâneas são aquelas que acontecem por motivação pessoal ou por necessidade de dirigir-se a outro país, cumprindo ou não as regras do país de acolhida quanto à entrada ou permanência. Já as estimuladas seriam aquelas em que um terceiro intervém na decisão de migrar. Podem ser subdivididas em privadas, quando empresas transferem seus empregados para as suas sedes localizadas em outros países; e, públicas, quando o próprio Estado estimula a vinda de estrangeiros para seu território, em casos de necessidade de mão-de-obra especializada, como é o caso do Programa Mais Médicos do Governo Federal brasileiro, ou em países muito grandes com pouca

GODOY, Gabriel Gualano de. (Coords.) **Migrações**: Políticas e direitos humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha. Curitiba: Juruá, 2015. p. 13.

⁷⁴ O tráfico internacional de pessoas é também considerado um tipo de migração forçada. É considerado crime. Envolve sequestro ou abdução, e o indivíduo é forçado à migração.

⁷⁵ BERNER, Vanessa Oliveira Batista. Prefácio. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; GODOY, Gabriel Gualano de. (Coords.) **Migrações**: Políticas e direitos humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha. Curitiba: Juruá, 2015. p. 13.

⁷⁶ BERNER, Vanessa Oliveira Batista. Prefácio. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; GODOY, Gabriel Gualano de. (Coords.) **Migrações**: Políticas e direitos humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha. Curitiba: Juruá, 2015. p. 13.

população ou com determinadas regiões pouco populosas⁷⁷.

Ocorre que o processo migratório não é apenas a simples transferência de uma comunidade para outra, mas corresponde a um processo de inclusão e aceitação em outro território e no cerne de outra comunidade.⁷⁸ Por mais que existam diversos instrumentos internacionais, que garantam direitos aos imigrantes, esse processo encontra dificuldades práticas pela ausência de uma ligação formal entre o estrangeiro e o território receptor⁷⁹. E é justamente esse processo de inclusão e de aceitação em outro território e comunidade que tem sido afetado por políticas públicas restritivas. Quanto mais restritivo o processo de inclusão jurídica, mais difícil torna-se a inserção humana no seio da sociedade.

É certo também que o fenômeno migratório traz inúmeras consequências para o estado receptor: transforma a composição demográfica, a tessitura social e o entorno cultural, afeta a fisionomia das cidades, incidindo sobre diversas dimensões da vida social.⁸⁰ Diante desse quadro, a migração internacional é vista como um problema, o que tende a impulsionar as políticas restritivas, como se verá mais adiante. No entanto, essas consequências não são suficientes para justificar as políticas restritivas, mormente porque ensejam que direitos humanos sejam violados.

1.2.1 Definições e conceitos do migrante

O Global Migration Group⁸¹ descreve que os imigrantes formam um grupo heterogêneo. Alguns vivem no exterior de forma voluntária, outros são forçados por

⁷⁷ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. A regulamentação da imigração no Brasil e suas repercussões. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; GODOY, Gabriel Gualano de. (Coords.) **Migrações: Políticas e direitos humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 193.

⁷⁸ BERNER, Vanessa Oliveira Batista. Prefácio. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; GODOY, Gabriel Gualano de. (Coords.) **Migrações: Políticas e direitos humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 10.

⁷⁹ BERNER, Vanessa Oliveira Batista. Prefácio. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; GODOY, Gabriel Gualano de. (Coords.) **Migrações: Políticas e direitos humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 10.

⁸⁰ BERNER, Vanessa Oliveira Batista. Direito a migrar no marco das garantias: o caso do Brasil. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; GODOY, Gabriel Gualano de. (Coords.) **Migrações: Políticas e direitos humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 73.

⁸¹ GMG. Global Migration Group. **International migration and human rights: Challenges and opportunities on the threshold of the 60th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights**. ISBN: 978-0-89714-900-6. October, 2008.

circunstâncias, como desastres naturais e guerras. Alguns são legalmente admitidos, outros vivem de forma clandestina à margem da sociedade. Vão desde homens, mulheres e crianças, profissionais qualificados até jovens que atravessam as fronteiras para trabalhar em setores que exigem menor qualificação. Os imigrantes podem possuir *status* regular ou irregular e ainda ser vítimas de perseguição no país de origem ou vítimas do tráfico internacional de pessoas.

Os imigrantes regulares que possuem autorização para o trabalho podem contribuir para o desenvolvimento social e econômico tanto do país receptor quanto do país de origem. No entanto, apesar dessa previsão positiva a respeito da migração voltada ao trabalho, muitos imigrantes nessa situação também são vítimas de violações de direitos.

Pode-se dividir os imigrantes trabalhadores entre aqueles que ocupam espaço privilegiado no país receptor, por possuírem qualificação profissional ou trazerem bens e divisas para o país. Esses imigrantes são, em geral, bem-vindos e conseguem ser integrados na economia e na sociedade do país em que escolheram para viver. Eles têm seus direitos respeitados e enfrentam poucos obstáculos ao tentar contribuir cultural, social e economicamente⁸².

Já, com mais dificuldade, situam-se os imigrantes que não possuem qualificação profissional e que se beneficiam das cotas anuais de admissão de imigrantes. Esses imigrantes ficam à mercê do mercado de trabalho para alçar uma colocação profissional⁸³. Aqueles admitidos em caráter temporário, em virtude de contrato de trabalho com a mesma natureza, veem na temporariedade da contratação e da admissão o intuito de evitar a sua radicação no território do país receptor⁸⁴. Além disso, pode-se diferenciar também trabalhadores homens e mulheres, ficando estas sujeitas, normalmente, a condições mais precárias de trabalho, sendo mais vulneráveis à exploração e aos abusos de direitos humanos⁸⁵.

⁸² LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 42.

⁸³ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 42.

⁸⁴ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 42.

⁸⁵ ONU. Organização das Nações Unidas. Department of Economic and Social Affairs, Population

O relatório “Imigração Internacional e Direitos Humanos”⁸⁶ descreve que a migração irregular não é apenas um fenômeno que ocorre entre países desenvolvidos ou em países em desenvolvimento, mas em todas as partes do mundo. Esses imigrantes formam um grupo vulnerável.

Distinguem-se os clandestinos, que representam aqueles que desde o ingresso em território estrangeiro possuem situação irregular, pois evitaram o controle da fronteira; e, de outro lado, estão aqueles que ingressam de modo legal, mas, por não observarem a temporariedade da estadia, prorrogam sua permanência no território receptor e passam, então, a ilegalidade. Na mesma categoria, estão os que entram no território, como turistas e, posteriormente, pedem refúgio⁸⁷.

Os imigrantes menos respeitados são aqueles que estão na clandestinidade ou possuem pouco ou nenhum bem e experimentam situações precárias de trabalho. Enquanto para muitos a migração é uma experiência de empoderamento, a realidade para outros é de exploração e abuso, tanto no processo quanto no próprio país de destino⁸⁸. São estes que mais necessitam de proteção aos direitos humanos. Independentemente da nacionalidade de origem, da raça, do credo, da cor ou do *status* legal, os imigrantes dividem com os nacionais da comunidade receptora o mesmo direito a um tratamento humano e decente⁸⁹.

Esses imigrantes são os principais alvos de exploração, exclusão social e também deportação ou expulsão. A tendência atual é que cada vez menos pessoas em situações irregulares sejam regularizadas. Os Estados têm optado pela via da deportação ou expulsão. Além disso, quando é possível a legalização desses imigrantes, o que se nota é que são tratados como sujeitos passivos, dependentes de assistência social, quando, na verdade, são pessoas que apresentam comportamento

Division. **International Migration Report 2015**. United Nations: New York: Highlights, 2016. p. 56.

⁸⁶ GMG. Global Migration Group. **International migration and human rights: Challenges and opportunities on the threshold of the 60th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights**. ISBN: 978-0-89714-900-6. October, 2008.

⁸⁷ Regulamentado pela Lei 9.474/97, tem o objetivo de dar proteção à pessoa que teme ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas.

⁸⁸ GMG. Global Migration Group. **International migration and human rights: Challenges and opportunities on the threshold of the 60th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights**. ISBN: 978-0-89714-900-6. October, 2008.

⁸⁹ GMG. Global Migration Group. **International migration and human rights: Challenges and opportunities on the threshold of the 60th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights**. ISBN: 978-0-89714-900-6. October, 2008.

ativo muito relevante, pela tomada de decisão de migrar, que demonstra protagonismo diante da vida.⁹⁰ Lopes⁹¹ afirma que a integração do estrangeiro na comunidade nacional depende da posição ocupada na sociedade - “[...] quanto mais pobre, mais difícil a integração”.

Com relação ao Brasil, por ser um país em desenvolvimento, tem recebido imigração estrangeira de países ainda mais pobres. O que marca a integração dificultosa desse imigrante no país é a estrutura social brasileira, decorrente do passado escravocrata, “[...] baseada numa desigualdade de classes em níveis que desencorajam qualquer imigração”. A verdade é que não é necessário buscar mão-de-obra que se sujeite a salários abaixo do aceitável fora do país⁹².

Já imigrantes provenientes de países colonizadores usufruem de um tratamento diferenciado, por uma espécie de presunção de superioridade, que corresponde a uma verdadeira “atuação do passado colonial”, representando positivamente o europeu.⁹³

Assim, os motivos para que a imigração irregular aconteça são muitos e diversos, e medidas de controle são insuficientes para combater essas ocorrências. O relatório “Imigração Internacional e Direitos Humanos”⁹⁴ propõe que uma abordagem abrangente é necessária, assim como a adoção de um pacote de medidas construtivas, como a adoção de critérios para residência dos imigrantes que se encontrem em situação irregular, por exemplo.

1.2.2 Condição de pertencimento do migrante

Comparato⁹⁵ afirma que é recente na história a ideia de que indivíduos e grupos humanos podem ser definidos por um único conceito geral, que a todos

⁹⁰ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 40-43.

⁹¹ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 40-43.

⁹² LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 44-45.

⁹³ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 44-45.

⁹⁴ GMG. Global Migration Group. **International migration and human rights: Challenges and opportunities on the threshold of the 60th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights**. ISBN: 978-0-89714-900-6. October, 2008.

⁹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva,

engloba, qual seja a pessoa humana. O autor descreve estudos antropológicos e relata que, nos povos que vivem à margem daquilo que se denomina “civilização”, os integrantes de um grupo são chamados “homens”, mas os estranhos a esse grupo são designados por outro termo, a significar que se trata de indivíduos de uma espécie de animal diferente.

Essa noção evoluiu de modo a serem concebidos direitos inerentes à condição de pessoa humana, visto que todos integram uma mesma categoria. Sen⁹⁶ indica que: “A noção de direitos humanos baseia-se em nossa humanidade compartilhada”. A afirmação desses direitos não é derivada da cidadania ou da condição de membro de uma nação, mas “supostamente são pretensões ou direitos de todo ser humano”. Entretanto, a condição de um estrangeiro ou imigrante é tão delicada que esses direitos, decorrentes da existência da pessoa humana, precisam ser reafirmados diuturnamente. Um dos problemas decorre da conotação que se dá a palavras como “estrangeiro” e “imigrante”.

O termo estrangeiro caracteriza pessoas que não nasceram no país em que estão. Traduz uma ideia negativa, um atributo desfavorável da pessoa, pois designa o não pertencimento a um grupo, no caso, o país do qual o estrangeiro não é nacional. A questão é permeada pelo elemento cultural. Lopes⁹⁷ identifica que o termo “estrangeiro” rotula pessoas e exalta a unicidade do grupo que as exclui. Nesse sentido, o estrangeiro é um intruso, pois está em território alheio, ao qual ele não pertence. Essa noção contribui para que existam dificuldades no processo de integração do estrangeiro ao território e para que ele faça parte daquela comunidade, uma vez que é visto e denominado como estranho, alheio àquele grupo.

Já emigrante é a denominação usada para designar a pessoa que sai do país que reside para se fixar em outro. A partir do momento em que essa pessoa entra em outro território, ela passa a ser chamada imigrante. Doutrinária e tecnicamente entende-se que existem três modalidades distintas de imigrantes: o imigrante

2015. p. 24.

⁹⁶ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 129.

⁹⁷ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 32.

documentado; o não documentado, ou ilegal; e os casos especiais, como refugiados e asilados, dentre outros⁹⁸.

Sayad⁹⁹ distingue estrangeiro de imigrante, dizendo que “[...] se ‘estrangeiro’ é a definição jurídica de um estatuto, ‘imigrante’ é antes de tudo uma condição social [...]. É um critério social que faz do estrangeiro um imigrante”. Para ele, o estrangeiro mantém essa condição mesmo após ter ultrapassado as barreiras da fronteira de um país. Já o imigrante é estrangeiro apenas até essas fronteiras. Após ultrapassar a fronteira, deixa de ser estrangeiro comum para tornar-se imigrante. O termo estrangeiro representa, portanto, “o outro”, aquele que não faz parte do grupo. Enquanto que imigrante indica aquele que veio para se estabelecer, indicando movimento, muito embora a indicação de imigrante permaneça inclusive após findado o processo de imigração. O conteúdo que representa a palavra imigrante exprime uma condição social, representando o estrangeiro que permanece e que possui um conteúdo muito mais preciso em relação ao turista, por exemplo, que é estrangeiro, porém não imigrante¹⁰⁰.

Há de destacar-se que a palavra “imigrante” também sofre uma interpretação negativa, assim como o termo “estrangeiro”. Isso porque “[...] enquanto o estrangeiro é uma incógnita, o imigrante é uma certeza: veio para ficar, para ‘competir por empregos’ e para utilizar as estruturas sociais do país de acolhida [...]”¹⁰¹. Daí nasce uma importante questão a respeito da inclusão como sujeitos de direitos daqueles que não são parte do contrato social de uma comunidade política, ou seja, os estrangeiros e imigrantes, mas que suportam algumas das consequências das decisões tomadas nessa comunidade.

Por certo, em fazendo parte de uma mesma categoria, que é de pessoa humana, a inclusão deveria ser completa. No entanto, não é o que ocorre, visto que o

⁹⁸ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. A regulamentação da imigração no Brasil e suas repercussões. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; GODOY, Gabriel Gualano de. (Coords.) **Migrações: Políticas e direitos humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 193.

⁹⁹ SAYAD, Abdelmalek. **A imigração**. Ou os paradoxos da alteridade. São Paulo: USP, 1998. p. 243.

¹⁰⁰ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 32.

¹⁰¹ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 33.

estrangeiro ou imigrante é tido como pessoa que não pertence ao grupo, existindo uma inclusão seletiva na comunidade.

No Brasil, pode-se citar como casos de dificuldade de inclusão os haitianos, em especial porque não existem políticas para tanto. Pesquisas relatam que 73% dos haitianos declararam que não recebem salário suficiente para sobreviver. Além disso, sofrem discriminação racial, pela dificuldade de comunicação e pela marginalização econômica a que estão sujeitos, residem em áreas periféricas e, em alguns casos, atuam profissionalmente em posições aquém da qualificação que trazem do Haiti¹⁰².

Arendt¹⁰³ afirma que “[...] a privação fundamental de direitos humanos manifesta-se, primeiro e acima de tudo, na privação de um lugar no mundo que torne a opinião significativa e a ação eficaz”, enfatizando que a noção de não pertencer a determinado local de forma plena provoca por si só a violação de direitos humanos. A autora continua dizendo que “[...] algo mais fundamental que a liberdade e a justiça, que são direitos do cidadão, está em jogo quando deixa de ser natural que um homem pertença à comunidade [...]”. Nessas situações extremas, é que os imigrantes são privados de seus direitos humanos. Não são privados do direito à liberdade, propriamente dita, mas do direito de agir. Não são privados do direito de pensarem o que quiserem, mas do direito de opinarem em questões da comunidade na qual estão inseridos.

Nesse sentido, Sen¹⁰⁴ indica que: “A inclusão seletiva, apoiada em uma base arbitrária, em uma categoria privilegiada — entre aquelas cujos interesses importam ou cujas vozes contam — seria uma manifestação de preconceito”. Além disso, não traduz uma conduta ética e justa visto que “[...] limita sua atenção a algumas pessoas e desconsidera outras, presumindo — ao menos implicitamente — que algumas pessoas são importantes enquanto outras simplesmente não”.

¹⁰² SÁ, Patrícia Rodrigues Costa de; SILVA, Filipe Rezende. **Desafios à inclusão dos imigrantes haitianos na sociedade brasileira**. 2015. Disponível em: <http://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/anais/arquivos/27_PRCs.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2017.

¹⁰³ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 403

¹⁰⁴ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 110.

Para Sen¹⁰⁵, “[...] talvez ninguém tenha feito tanto quanto Kant pela compreensão da exigência universalista” de inclusão, incluindo os princípios do tipo que são capturados na formulação kantiana: “Age sempre segundo um princípio tal que possas querer ao mesmo tempo que ele seja uma lei universal”.

Assim, a identidade do ser humano é que deve ampliar o ponto de vista das relações, que não devem ser mediadas pela condição de membros de pequenas coletividades, como “povos” ou “nações” específicas, promovendo uma inclusão real do estrangeiro ou imigrante na sociedade. Da mesma forma, as exigências normativas “[...] para sermos guiados pela ‘humanidade’ ou pelo que é ‘humanitário’ devem se alicerçar na condição de membro da ampla categoria de seres humanos, independentemente da nacionalidade específica¹⁰⁶.

Sen¹⁰⁷ vai mais além e ensina que a “[...] identidade pode ser uma fonte de riqueza e de acolhimento, como também de violência e terror” e descreve o processo de negar o reconhecimento à pluralidade de identidades humanas como a “miniaturização dos seres humanos”.

Os imigrantes configuram um grupo composto por pessoas com identidades diversas daqueles que compõem a sociedade receptora. Esse fator é que pode desencadear esse processo de “miniaturização dos seres humanos”, negando-se a pluralidade de identidades dos imigrantes como integrantes da sociedade receptora, o que pode culminar com a violação de direitos humanos.

É por isso que Piovesan¹⁰⁸ afirma que é insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata, sendo “[...] necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade”. Dessa forma, determinadas violações de direitos, como nos casos dos imigrantes, exigem uma resposta diferenciada e específica, por tratarem-se de pessoas que compõem uma categoria vulnerável por sua peculiar condição social. Assim, surge ao lado do direito a igualdade de tratamento, o direito fundamental à diferença.

¹⁰⁵ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 110.

¹⁰⁶ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 128.

¹⁰⁷ SEN, Amartya. **Identity and violence: the illusion of destiny**. New York/London: W.W. Norton & Company, 2006. p. XIII e XIV.

¹⁰⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015b. p. 62.

A igualdade divide-se em três vertentes: i) a igualdade formal de que todos são iguais perante a lei; ii) a igualdade material orientada pelo critério socioeconômico e que corresponde ao ideal de justiça social e distributiva; e, por último, iii) a igualdade material correspondente ao reconhecimento de identidades. O direito à igualdade em seus três vértices integra “[...] a essência dos direitos humanos, em sua dupla vocação em prol da afirmação da dignidade humana e da prevenção do sofrimento humano”. O reconhecimento pleno do direito à igualdade em todos os seus aspectos é que conduzirá a uma “plataforma emancipatória e igualitária” capaz de refletir o surgimento de uma sociedade civil plural e diversa¹⁰⁹.

Nesse contexto, são necessárias políticas de “[...] enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e da adoção de uma política de reconhecimento” da igualdade, da diversidade e das identidades, por intermédio de “[...] desconstrução de estereótipos e preconceitos e na valorização da diversidade cultural”¹¹⁰. É preciso criar mecanismos que possibilitem a inclusão do estrangeiro na comunidade em que se encontra, proporcionando acesso aos serviços sociais, ao mercado de trabalho, aos espaços culturais e políticos, etc. Só dessa maneira é que os direitos humanos desses indivíduos serão de fato garantidos, eis que a efetiva inclusão será possível.

Com vista a uma política inclusiva e pluralista no que tange aos estrangeiros, passa-se à análise, no próximo capítulo, do direito humano de ir e vir e sua relação com a soberania estatal e de que modo essa soberania resta limitada pelos instrumentos internacionais e regionais que regulamentam o direito de ir e vir.

¹⁰⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015b. p. 69.

¹¹⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015b. p. 69.

CAPÍTULO 2

O DIREITO DE IR E VIR E A SOBERANIA ESTATAL: REGULAMENTAÇÕES INTERNACIONAIS E REGIONAIS

Em paralelo à questão da inclusão e de reconhecimento da humanidade, manifesto por Arendt e debatido por outros autores como Sem e Piovesan, o segundo capítulo tem por objetivo tratar sobre o direito humano de ir e vir e sua posição no direito internacional. Será feita uma relação necessária do direito de ir e vir com a soberania estatal, de modo a demonstrar se existem limites ao exercício tanto do direito quanto do poder. Será abordada a soberania nacional sob uma perspectiva crítica, bem como o papel do estado democrático de direito e do próprio direito internacional em questões de soberania ligadas à migração.

Na sequência, dar-se-á especial destaque à análise das regulamentações internacionais e regionais sobre o direito de ir e vir, apontando de que forma essas regulamentações atuam para fundamentar uma política migratória inclusiva, garantidora do direito ao deslocamento e, também, dos direitos humanos dos estrangeiros.

2.1 O DIREITO DE IR E VIR E A SOBERANIA ESTATAL – RELAÇÕES E LIMITES

O direito de ir e vir concretizou-se como um direito humano a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos. No contexto internacional, o direito ao deslocamento pode sofrer restrições por parte dos Estados que visam coibir o ingresso de imigrantes em seus territórios de modo a evitar uma possível desestabilização econômica e social. É a atuação da soberania estatal. Essas restrições são inclusive reconhecidas por intermédio dos instrumentos internacionais, conforme se verá mais adiante. Assim, ao lado do direito humano de ir e vir está o poder soberano estatal de determinar quem entra, sai e permanece em seu território.

2.1.1 O direito de ir e vir – concepções e atual posição no direito internacional

Existem no direito internacional duas concepções absolutamente discrepantes e que fundamentam as políticas adotadas pelos países, no diferentes momentos históricos e contextos. Essa antinomia ocorre em torno de quem tem o poder prevalecente: o Estado soberano ao controlar o movimento em suas fronteiras, ou a pessoa humana ao pretender sair de seu país de origem e ingressar em um país de sua preferência¹¹¹. Daí pode-se afirmar a existência de dois princípios: a admissão do *ius communicationis* e o direito do Estado de regulamentar a imigração em seu território.

O princípio do *ius communicationis* significa que o direito de migrar fundamenta-se na liberdade do indivíduo. Esse princípio foi inicialmente defendido por Francisco de Vitória, em 1528, em nome da filosofia neoescolástica, em uma época marcada pela colonização europeia das Américas. Representa o direito que cada homem tem de estar, de andar, de ir de um lado para outro, ao redor da terra, de uma comunicação mútua entre os homens (*hominum invicem communicationem*)¹¹². Constitui-se por privilegiar a comunicação entre Estados e pessoas e contribui para a união e a integração entre os povos e as culturas com base na livre comunicação, conceito que opera no âmbito de uma filosofia cosmopolita¹¹³.

Ferrajoli¹¹⁴ explica que o direito dos povos foi proposto por Vitória em benefício dos conquistadores e diz que “[...] hoje o Ocidente – após tê-los impugnado contra tantos povos inermes por ele invadidos e depredados – teria o dever de reconhecer, como uma forma de ressarcimento, a todos os povos do mundo”. Para o autor, direitos como de comunicação mútua entre os homens, direito de peregrinação e residência, o direito de migrar bem como de aquisição da cidadania deveriam ser reconhecidos por força do simples título de todos serem homens, conforme

¹¹¹ CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana**: a circulação internacional de pessoas. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 37.

¹¹² Disponível em: http://www.iscsp.ulisboa.pt/~cepp/teoria_das_relacoes_internacionais/francisco_de_vitoria.htm. Acesso em: 7 out. 2016.

¹¹³ VALADARES, Jeferson da Costa. Notas sobre o humanismo jurídico de Francisco de Vitoria e o *ius communicationis* em contexto. **Synesis**, Petrópolis, v. 8, n. 1, p. 101-120, jan./jun. 2016. p. 108.

¹¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 57

proclamado por Vitória. Esses direitos, que eram a base do *jusnaturalismo*, hoje fornecem ao constitucionalismo “[...] o paradigma universalista dos direitos fundamentais reconhecidos (com exceção dos direitos políticos) a todos os seres humanos, e não apenas aos cidadãos”.

Já a noção de que o Estado não é obrigado a admitir estrangeiros em seu território, seja em definitivo, seja a título temporário¹¹⁵, privilegiando assim o exercício da soberania, foi pensada na filosofia iluminista, inicialmente por Vattel¹¹⁶, no século XVIII, no contexto do absolutismo estatal. Para o autor, a noção do direito de ir e vir deveria ser pautada pelo Estado, “[...] que tinha por consequência o princípio da plena liberdade de decisão no que concerne à circulação de pessoas”¹¹⁷.

Hoje, o postulado de soberania transfere para o Estado a prerrogativa de determinar, de acordo com a sua conveniência e oportunidade, quem será ou não admitido em seu território. Essa prática coloca a pessoa que pretende migrar completamente vulnerável ao arbítrio estatal. No entanto, não preconiza a exclusão de todos os estrangeiros e em todas as circunstâncias. O direito do Estado é limitado, e a admissão está vinculada ao cumprimento de certas condições determinadas. Além disso, o Estado deve observar que o seu posicionamento pode gerar consequências para as suas relações internacionais, pois políticas acolhedoras representam uma cortesia entre os Estados.

Diante das discrepantes concepções apontadas, que pautaram o direito internacional ao longo dos séculos XVI a XIX, Caverzere¹¹⁸ afirma que a postura internacional a respeito do direito de ir jamais atendeu a regras absolutas e são utilizadas como base para fomentar políticas ao sabor dos interesses estatais. Para ela, as duas teorias sempre foram confrontadas ao longo dos séculos, posto que nenhuma das duas é totalmente completa e atende com profundidade as

¹¹⁵ REZEK, Francisco. **Direito público internacional**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 226.

¹¹⁶ VATTEL, Emer de. **O direito das gentes**. 2004. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/0261-direito_das_gentes.pdf>. Acesso em: 29 set. 2016. p. 245.

¹¹⁷ CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 39.

¹¹⁸ CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 42-43.

necessidades e os interesses das pessoas e dos países, situação que permanece até os dias atuais.

Atualmente, existe, no direito internacional, um grande esforço no sentido de que sejam garantidos tanto o direito de ir e vir como também os direitos humanos dos estrangeiros e imigrantes. No entanto, existem, ao mesmo tempo, regulamentações internacionais que permitem a limitação do ingresso no território do país estrangeiro. Muitas regulamentações foram criadas em torno do direito de ir e vir, e alguns pontos sensíveis ainda barram a concretização efetiva desses direitos e merecem ser tratados.

Segundo Habermas¹¹⁹, a ONU abriga com igualdade de direitos diversos Estados, independentemente de serem republicanos ou de respeitarem os direitos humanos. Na Assembleia Geral das Nações Unidas, todos os governos estão representados com igualdade de direitos. Para o autor, a Organização Mundial com isso “[...] abstrai não somente das diferenças de legitimidade de seus membros no interior da comunidade de *Estados*, mas também de suas diferenças de status no interior de uma *sociedade* mundial específica”.

As enormes diferenças com relação aos Estados fazem com que apenas países desenvolvidos consigam “[...] harmonizar seus interesses internacionais com os pontos de vista normativos que determinam o nível de exigência quase cosmopolita das Nações Unidas”¹²⁰.

Habermas afirma que “[...] a superação das tensões sociais e dos desequilíbrios econômicos” somente pode ser atingida pelas Nações Unidas quando se criar um consenso, em especial com relação a uma concordância normativa sobre direitos humanos. O autor aponta como ponto vulnerável tanto a falta de concordância quanto a falta de um poder executivo que possa proporcionar, por exemplo, à Declaração Universal dos Direitos Humanos sua efetiva observância, “[...] inclusive mediante intervenções no poder soberano de Estados nacionais se necessário for”.¹²¹

¹¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 1997. p. 206.

¹²⁰ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 1997. p. 207.

¹²¹ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 1997. p. 205.

A proposta do autor traria um ganho efetivo à tutela dos direitos humanos; no entanto, de difícil implementação, diante do contexto de rejeição dos Estados de inúmeras recomendações, convenções, tratados e resoluções dos organismos internacionais, em especial aquelas que dizem respeito aos direitos dos imigrantes como a Convenção 143 da OIT.

Comparato¹²² afirma que hoje predomina “[...] a subordinação da humanidade aos interesses exclusivos das grandes potências” em detrimento de uma solidariedade internacional. Isso demonstra que esses países que representam grandes potências pretendem eliminar, sistematicamente, as instituições de limitação de poder político e econômico, em âmbito mundial. Para ele, esse fato demonstra um “momento histórico perigoso”, pois os direitos humanos surgiram diante do “[...] estabelecimento de controles institucionais ao exercício do poder de mando”.

A não adesão a tratados e convenções internacionais, por países que participam da cúpula de organismos internacionais como a OIT e a ONU, demonstram de forma clara a preocupação do autor. Os Estados Unidos, por exemplo, país receptor de inúmeros imigrantes e refugiados, vêm se recusando a submeter-se a normas de direitos humanos internacionais, por considerarem que isso implica em limitação a sua soberania. O último tratado internacional de direitos humanos, integralmente ratificado pelo país, foi aprovado pelas Nações Unidas em 1966, no entanto, teve sua ratificação rejeitada pelo Congresso norte-americano. Comparato¹²³ conclui que “[...] os Estados Unidos vão-se tornando assim, definitivamente, um Estado fora da lei no plano internacional”. A postura negativa de países que representam grandes potências aos tratados internacionais em nada contribui para a evolução do contexto migratório a um patamar de respeito e tutela dos direitos humanos e representa a predominância da soberania estatal nessas questões em detrimento de direitos individuais fundamentais.

Portanto, apesar da globalização, da transnacionalização do capital, a soberania dos Estados exercida de maneira restritiva e pautada em interesses econômicos continua impedindo o desenvolvimento de um efetivo direito de ir e vir.

¹²² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 561.

¹²³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 563.

Mesmo diante de organismos como a ONU e a OIT, não é possível garantir esse direito de forma plena, nem tampouco a tutela de direitos humanos aos imigrantes. Assim sendo, a posição do direito de ir e vir, como direito à migração no contexto internacional, é de fragilidade.

2.1.2 Soberania estatal e seus limites

O conceito clássico de soberania admite ao Estado um poder supremo que não reconhece outro acima¹²⁴. Essa noção de soberania como poder supremo, tanto externa quanto interna, perdurou ao longo dos séculos assumindo seu ápice no século XX com o Estado-nacional e liberal-democrático.

Após a ocorrência das duas grandes guerras mundiais (1914-1945), que marcou o ponto máximo da soberania estatal, houve uma grande mudança no paradigma conceitual em razão da estipulação de um novo direito internacional pautado pela atuação da ONU e suas normas. Iniciou-se, nesse período, o processo de globalização econômica dos Estados, e, com isso, o sistema social teria perdido o seu vértice¹²⁵. Isso porque as reformas estruturais exigidas pela globalização, como a descentralização, as privatizações, a delegação de competências, parecem enfraquecer a soberania estatal. Entretanto, a própria globalização exige Estados cada vez maiores, a fim de adequarem-se a uma nova economia mundial. Por isso, esses Estados teoricamente enfraquecidos recorrem a blocos econômicos e fóruns internacionais.

Pode-se dizer que a globalização cria, simultaneamente, menos soberania e mais soberania, a depender do enfoque. Ademais, com o surgimento do Estado Democrático de Direito, todos os poderes passaram a ser subordinados à lei, ao direito, e, com isso, opera-se também a dissolução da soberania interna no seu conceito mais clássico, de poder supremo, livre das leis e que não reconhece superior algum.

¹²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 29.

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

Ferrajoli¹²⁶ sustenta que existe uma contradição irreduzível entre a ideia clássica de soberania e o Estado de Direito, no qual todos os poderes se sujeitam à lei. Essa antinomia também acontece no plano do direito internacional, que contesta a soberania nacional por meio de suas cartas constitucionais internacionais. A soberania representa, assim, para Ferrajoli, uma categoria antijurídica.

As limitações que a soberania estatal sofreu com a constituição do Estado Democrático de Direito e pela institucionalização do direito internacional também merecem uma análise mais aprofundada, com o objetivo de compreender de que modo opera no contexto migratório.

A limitação da soberania interna teve início com a Revolução Francesa. Esse processo aconteceu de forma progressiva tendo como marco a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e as sucessivas cartas constitucionais francesas. Esses instrumentos passaram a modificar a forma do estado limitando o âmbito de atuação do seu poder. O que ocorreu foi a passagem do estado da natureza para o estado civil, no qual até mesmo o Estado sujeita-se ao poder da lei.¹²⁷

No entanto, a ideia de soberania estatal interna estava longe de ter desaparecido completamente com o surgimento do Estado de Direito. Ela restava, em verdade, reforçada pela divisão em duas vertentes: a soberania popular e a soberania nacional. A construção do Estado liberal do século XIX permanece, assim, com um “resíduo de absolutismo”, justamente no princípio *juspositivista* do primado da lei, e a onipotência do parlamento como órgão da soberania popular¹²⁸.

Com o decorrer do século XX, amplia-se, na Europa, a ideia de rigidez das constituições como normas superiores e, também, a mudança na noção do que é reconhecível como lei. As formas de produção legislativa e a legitimidade do órgão legiferante não são mais suficientes para determinar a validade da lei, que também requer coerência com os princípios constitucionais, imprimindo uma racionalidade

¹²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 3.

¹²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 28.

¹²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 32.

axiológica ao conteúdo legislativo¹²⁹. Acontece o aperfeiçoamento do Estado de Direito e, com isso, a soberania passa a ser uma categoria antijurídica, uma vez que, quando entra em contato com o direito, “[...] ela é a negação deste, assim como o direito é a sua negação”.¹³⁰

Para Ferrajoli¹³¹, as limitações próprias do Estado de Direito, como divisão dos poderes, princípio da legalidade e direitos fundamentais, consistem, em última análise, na negação da soberania. Ele explica que “[...] com a subordinação do poder legislativo à lei constitucional e aos direitos nela estabelecidos” acontece o aperfeiçoamento do Estado Constitucional de Direito. Assim, a soberania interna, como expressão do poder estatal absoluto, dissolve-se definitivamente. O que existe, então, é a subordinação de todos os poderes ao direito, inclusive o povo, “[...] pois a garantia do direito de todos - até mesmo contra a maioria – tornou-se o traço característico do estado democrático de direito”.

No contexto das migrações internacionais, é preciso destacar que as limitações que o Estado determina ao direito de ir e vir devem estar pautadas, única e exclusivamente, naquelas previstas legalmente, não podendo agir de outro modo, sob pena de caracterizar uma restrição arbitrária com ofensa ao direito humano de ir e vir e que afronta, também, o Estado Democrático de Direito.

O problema reside, entretanto, quando as restrições previstas na própria legislação para limitar o direito de ir e vir carregam conceitos extremamente subjetivos, como moralidade pública, por exemplo. Certamente, a possibilidade de o Estado fundamentar a concessão de entrada ou saída com base em conceitos subjetivos está sujeita a ação à discricionariedade, a depender da vontade política e do interesse econômico, possibilitando maior chance de ofensa ao direito de ir e vir. O que deve pautar o poder do Estado nesse momento são os direitos humanos, que encontram fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana que vai atuar, também, como limitador da atuação estatal.

¹²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 32.

¹³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 44.

¹³¹ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 28.

Ao contrário da soberania interna, é com a Revolução Francesa que se tem o início do ponto máximo da soberania externa que encontra seu ápice na primeira metade do século XX (1914-1945) durante as duas Guerras Mundiais. Entretanto, é com o fim da 2ª Guerra Mundial, que acontece a criação da ONU e surge um novo direito internacional¹³².

Esse direito leva os Estados, no contexto internacional, do estado de natureza ao estado civil. A ordem jurídica é transformada por meio de instrumentos normativos como a Carta da ONU, que marca o nascimento de um novo direito internacional e o fim do velho paradigma – o modelo de Vestfália¹³³. A Carta da ONU equivale a um verdadeiro “contrato social internacional” que muda a estrutura do direito internacional, que antes privilegiava a soberania nacional externa dos Estados nação, e agora passa a ser um sistema de pactos, “[...] baseado em tratados bilaterais *inter pares* (entre partes homogêneas). Esse sistema constitui um verdadeiro *ordenamento jurídico* supra-estatal: não mais um simples *pactum associationis* (pacto associativo), mas também *pactum subjectionis* (pacto de sujeição)”¹³⁴.

Piovesan¹³⁵ diz que a nova ordem internacional instituiu um novo modelo de conduta para os Estados, que deve estar fundamentada em preocupações de caráter geral como:

[...] a manutenção da paz e segurança nacional, o desenvolvimento das relações amistosas entre os Estados, a adoção da cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, a adoção de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos.

Assim, a soberania externa deixa de ser uma liberdade absoluta e selvagem, para então alicerçar-se em duas importantes regras internacionais: o imperativo de paz e a tutela dos direitos humanos¹³⁶. A partir desse ponto, é que se

¹³² FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 41.

¹³³ Em 1968, o Tratado de Vestfália marcou o fim da Guerra dos Trinta Anos, acatando consensualmente noções e princípios como o de soberania estatal e o de Estado nação.

¹³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 41.

¹³⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015a. p. 204.

¹³⁶ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39-40.

pode falar em um ordenamento único dentro do direito internacional, extensível a todos os Estados-membro da Organização das Nações Unidas.

Sobre a consagração dos direitos humanos na Declaração de 1948 e, depois, nos Pactos internacionais de 1966, Ferrajoli¹³⁷ destaca que esses instrumentos atribuíram “[...] a esses direitos, antes apenas constitucionais, um valor supra-estatal, transformando-os de limites exclusivamente internos em limites agora também externos ao poder dos Estados”. Passam, então, a serem sujeitos nesse novo ordenamento não somente os Estados, mas também os indivíduos, “[...] como titulares, nos confrontos de seus próprios Estados, dos direitos humanos a eles conferidos pela Declaração de 1948 e pelos Pactos de 1966” e os povos “[...] enquanto titulares do direito de autodeterminação, reconhecido pelo artigo 1º dos mesmos Pactos”.

Ferrajoli¹³⁸ assevera, entretanto, que a questão da soberania está longe de ser concluída. Para o autor, a ONU, com sua inspiração e aspiração universalista, continua, tanto no plano real quanto jurídico, a ser condicionada à soberania dos Estados. Isso porque o próprio art. 2º da Carta prevê que a ONU é fundada sobre o princípio de igualdade soberana de todos os seus membros. E esse mesmo princípio, no art. 7º, aparece como justificador do veto de ingerência da ONU nas questões internas de qualquer Estado.

Diante disso, poder-se-ia pensar que de nada serviriam os postulados de paz e os direitos humanos, por exemplo, uma vez que a soberania estatal está resguardada no próprio documento que institui a Organização que visa limitá-la. Ocorre que o princípio da paz é imperativo, o que faz da soberania dos Estados, prevista no art. 2º da Carta, uma soberania limitada a esse princípio. Já com relação aos direitos humanos, Ferrajoli¹³⁹ explica que a Declaração de 1948 e o Pacto de 1966 retiraram os direitos fundamentais da interpretação do art. 7º, que prevê como justificativa de veto as “[...] questões que pertencem à competência interna de cada Estado”. Assim, a Declaração e o Pacto instituíram direitos supraestatais que devem

¹³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 40.

¹³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42.

¹³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42.

ter sua tutela garantida no âmbito internacional, como o direito de ir e vir.

Assim, o direito de ir e vir tem valor supraestatal e é oponível a todos os Estados-membro, que, teoricamente, encontram limites a sua atuação soberana no direito internacional e não apenas nas cartas constitucionais internas. Não obstante, as violações aos direitos humanos supraestatais por parte dos Estados-membro são vistas pela comunidade internacional como uma “antinomia não resolvida” do antigo princípio de soberania. Já a ausência de garantias em face de tais violações é interpretada como uma “lacuna indevida” que deve ser preenchida¹⁴⁰.

Diante dessa constatação, Ferrajoli¹⁴¹ critica a atuação do direito internacional dizendo que, mesmo após três séculos de sua existência, ainda é afetada de uma “insegurança de si”, o que para ele se caracteriza como “[...] quase um complexo de inferioridade científica e jurídica, que leva a desvalorizar a nova dimensão normativa do direito internacional e achatá-la sob a efetividade das relações de força entre os Estados”. É assim que “[...] o ordenamento internacional hodierno é ineficaz pelo fato de que os seus órgãos não mais equivalem a um ‘terceiro ausente’, mas sim a um ‘terceiro impotente’”.

Para o autor, é necessário que o direito internacional seja levado à sério, isto é, que se tome por paradigma o Estado Constitucional de Direito que sujeita todos ao instituto da lei, também no âmbito internacional, de modo a tornar efetivos os princípios de paz e os direitos humanos¹⁴².

2.2 ESTRUTURA NORMATIVA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AO MIGRANTE

A regulamentação jurídica das migrações sofreu considerável dinâmica, ao longo do século XX, conforme as transformações econômicas e as variações dos interesses dos países que dominaram o cenário internacional. Essa situação resta evidente quando se toma quais países subscreveram determinadas convenções

¹⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42.

¹⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 40-42.

¹⁴² FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 46-52.

internacionais, mais ou menos protetivas¹⁴³.

Muitos países não se demonstram dispostos a aceitar novos membros implantando políticas restritivas ao ingresso e à permanência de imigrantes, como é o caso dos Estados Unidos. Esses países preocupam-se com uma possível desestabilização econômica diante dos processos migratórios em vista do grande movimento populacional. E mesmo nos países em que se verifica uma política mais aberta ao imigrante, como na Alemanha, o posicionamento aberto do governo tende a gerar opiniões diversas entre os nacionais.

Tal situação obviamente tende a modificar-se, dependendo do contexto vivenciado pelo país. Em momentos históricos em que se observa um fortalecimento econômico, os países toleram provisoriamente os imigrantes que representem mão-de-obra qualificada ou investidores que gerem empregos a nacionais¹⁴⁴. Assim, a evolução normativa a respeito das migrações e as transformações econômicas devem ser entendidas de forma conjunta, uma vez que as regras sempre foram estabelecidas em razão das conjunturas econômicas e dos interesses dos países dominantes em cada período histórico.

No entanto, deve-se determinar, desde já, que cabe ao direito buscar conjugar fatores econômicos com a prevalência dos direitos humanos sobre os direitos econômicos. O direito deve conciliar a antinomia existente entre a soberania dos Estados na aceitação de estrangeiros e o direito do indivíduo autodeterminar-se e dirigir-se ao país de sua preferência¹⁴⁵.

Hoje não há, no direito internacional, nenhuma regulamentação que prevê o direito a migrar, conforme se verá mais adiante. Alguns instrumentos internacionais garantem o direito de sair do país em que se encontra, mas nada obriga nenhum país a receber essa pessoa em seu território, privilegiando a soberania dos Estados em

¹⁴³ BERNER, Vanessa Oliveira Batista Berner. Prefácio. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; GODOY, Gabriel Gualano de. (Coords.) **Migrações: Políticas e direitos humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 13.

¹⁴⁴ BERNER, Vanessa Oliveira Batista Berner. Prefácio. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; GODOY, Gabriel Gualano de. (Coords.) **Migrações: Políticas e direitos humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 13.

¹⁴⁵ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 223.

questões de migração¹⁴⁶.

Os Estados soberanos relutam em reconhecer a imigração como um direito. Na verdade, o que existe é um interesse oposto a esse reconhecimento, ou seja, consagrar que a imigração não é um direito, mas uma prerrogativa do Estado diante de sua soberania. Lopes¹⁴⁷ classifica essa lacuna no direito internacional, que não consegue consagrar o direito de ir e vir, como sintomática. A autora diz que não se pode negar que as imigrações ocorrem, sendo o deslocamento de pessoas no plano internacional um fato que merece ser reconhecido, a fim de que outros direitos consequentemente sejam garantidos. Caso houvesse essa garantia ao direito de migrar, necessariamente envolveria um conjunto de interesses “[...] que abrigam os direitos humanos, a paz internacional, a reciprocidade entre os países e a prevenção da concorrência desleal entre os Estados”¹⁴⁸.

Diante desse contexto, é que foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT), e, para fomentar a paz na comunidade internacional, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU). Dois organismos internacionais que visam estabelecer diretrizes e regramentos também sobre a questão da migração, conforme se verá na sequência. A ordem abordada observou uma organização cronológica, tanto entre as instituições quanto entre as convenções, tratados e demais instrumentos internacionais.

2.2.1 OIT: convenções nº 19, 97 e 143

Em 28 de junho de 1919, o Tratado de Versalhes determinou a constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT)¹⁴⁹ visando a melhora das condições

¹⁴⁶ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 223.

¹⁴⁷ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 223.

¹⁴⁸ BERNER, Vanessa Oliveira Batista Berner. Prefácio. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; GODOY, Gabriel Gualano de. (Coords.) **Migrações: Políticas e direitos humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 13.

¹⁴⁹ Preâmbulo do tratado de Versalhes: “Considerando que existem condições de trabalho tão injustas e miseráveis causadoras de sofrimento, privações e inquietação para tantas pessoas, que a paz e a harmonia do mundo estão em perigo e considerando que a melhora dessas condições são urgentes [sic]: por exemplo, (...) a proteção dos interesses dos trabalhadores ocupados em países estrangeiros (...)”.

injustas e miseráveis de trabalho, e com especial relevo para esta pesquisa, a proteção dos interesses dos trabalhadores ocupados em países estrangeiros. Atualmente a OIT é a única organização no plano internacional que coloca representantes de organizações de empregadores e de associações sindicais de trabalhadores no mesmo plano de igualdade dos representantes dos governos¹⁵⁰.

O que se pretende com a análise das Convenções nº 19, 97 e 143 é verificar quais instrumentos internacionais resguardam os direitos dos trabalhadores imigrantes, de que forma e se foram ratificados pelos países membros. A primeira Convenção que convém tratar é a de nº 19 da OIT, de 1925, que trata sobre igualdade no tratamento entre trabalhadores estrangeiros e nacionais, em casos de acidente de trabalho. O artigo primeiro¹⁵¹ impõe um compromisso com a concessão aos estrangeiros, vítimas de acidente de trabalho ocorridos dentro de seu território, o mesmo tratamento assegurado aos nacionais em igual condição. O parágrafo segundo do mesmo artigo estende a igualdade de tratamento também aos dependentes do trabalhador, sem nenhuma condição de residência.

O Brasil é signatário da referida Convenção assim como outros 120 países. No entanto, muito embora seja de ampla aceitação, é de difícil implementação. Isso porque, muitas vezes, os serviços de saúde não estão preparados para atender essa espécie de contingência e, além disso, “[...] a situação de irregularidade administrativa dos imigrantes dificulta a iniciativa de procurar os serviços de saúde”¹⁵².

No Brasil, a Convenção concretiza não só igualdade de tratamento em relação ao serviço de saúde prestado pelo Estado ao trabalhador acidentado, mas também acesso aos benefícios de previdência social, caso atendam aos requisitos legais, bem como garantia provisória de emprego por 12 (doze) meses após retorno do recebimento do benefício previdenciário, se houver, e indenizações de cunho

¹⁵⁰ CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana**: a circulação internacional de pessoas. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 128.

¹⁵¹ Art. 1 - 1. Todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho que ratificam a presente convenção comprometem-se a conceder aos nacionais de qualquer outro Membro que tenha ratificado a dita convenção, que forem vítimas de acidentes de trabalhos ocorridos em seu território ou em território sob sua dependência, o mesmo tratamento assegurado aos seus próprios acidentados em matéria de indenização por acidentes de trabalho. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/446>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

¹⁵² LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 227.

material e moral, caso reste evidenciada a culpa da empresa na concorrência para o acidente.

Assim como a Convenção nº 19, também relevante no cenário dos direitos do trabalhador imigrante, a Convenção nº 97 foi revista em 1949¹⁵³ e ratificada pelo Brasil em 1965. Apenas 43 países ratificaram seu conteúdo. Esse documento conceitua o “trabalhador migrante”, no seu artigo 11¹⁵⁴, como sendo “[...] toda pessoa que emigra de um país para outro com o fim de ocupar um emprego que não será exercido por sua própria conta, e compreende qualquer pessoa normalmente admitida como trabalhador migrante”.

O ponto mais relevante desse instrumento encontra-se na Recomendação 86 de 1949¹⁵⁵, que afirma que a imigração é um meio para potencializar o pleno emprego em nível mundial, colaborando para diminuir o déficit internacional entre oferta e demanda de empregos, demonstrando a forte relação que existe entre migração e trabalho. Além disso, concretiza a migração como instrumento de correção do desequilíbrio ocasionado por diferenças socioeconômicas entre os países agravado pela globalização. A Convenção prevê, também, o direito a não discriminação, que vem denominado como “tratamento não mesmo favorável” que o despendido ao trabalhador nacional.

Outra importante marca da Convenção 97 é a garantia de não repatriação, que vigora nas hipóteses em que o trabalhador ficar impossibilitado de exercer sua função por motivo de doença ou acidente (art. 8º), ou caso o emprego oferecido não seja concretizado (art. 10 do anexo II). Nessa hipótese, que se aplica apenas no caso de imigração coletiva, a regra coíbe que os Estados decidam de forma impositiva sobre o retorno do trabalhador ao país de origem, atuando como limitador da soberania estatal, uma vez que impõe ao trabalhador o direito de escolha.

E, por fim, a Convenção nº 143 de 1975 da OIT¹⁵⁶ trata sobre a

¹⁵³ Em 1939, foi lançada, pela OIT, a Recomendação 61 para complementar a Convenção 97. Em 1949, a Convenção 97 foi revisada, e a Recomendação 61 substituída pela Recomendação 86 de 1949.

¹⁵⁴ OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 97**. 2012. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/523>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

¹⁵⁵ Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312424:NO>. Acesso em: 28 ago. 2016.

¹⁵⁶ Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-sobre->

problemática que decorre do crescimento desordenado de movimentos migratórios, do tráfico de mão-de-obra e da busca do pleno emprego, situações que não foram tratadas pelas Convenções anteriores.

Diante desse contexto, a OIT pretendeu “[...] alertar os Estados, de que deveriam criar um sistema que facilitasse a canalização de potencial humano para as áreas deficitárias”¹⁵⁷, novamente tentando corrigir as discrepâncias socioeconômicas entre os países. No entanto, prevaleceu o entendimento de que a migração para o exercício de atividade remunerada poderia prejudicar os países em desenvolvimento, e assim apenas 22 países ratificaram seu conteúdo, não estando o Brasil entre eles.

A grande importância da Convenção nº 143 justamente está no fato de que ela retrata uma compreensão política atualizada acerca das migrações, que “[...] dispõe sobre um cenário muito mais parecido com o atual”¹⁵⁸. Nesse sentido, vale destacar o art. 1º dessa Convenção: “Os membros para os quais a presente Convenção esteja em vigor deverão comprometer-se a respeitar os direitos fundamentais do homem de todos os trabalhadores migrantes”. Essa regra coloca em evidência a proteção aos direitos humanos fundamentais de trabalhadores imigrantes.

Atendendo aos preceitos de proteção aos direitos fundamentais, a Convenção nº 143 estabelece que se deve privilegiar a regularização do trabalhador em condições ilegais. Afirma que não deve ser considerado ilegal o trabalhador pela simples perda do seu emprego (art. 8º), desvinculando a permanência do imigrante à existência ou não de emprego. Determina também que, em caso de impossibilidade de regularização, sejam garantidos ao trabalhador imigrante os direitos decorrentes do emprego, como remuneração, seguridade social e outras vantagens (art. 9º).

Essas previsões têm sido tema de intenso debate, pois muitos países vêm adotando políticas exatamente opostas ao conteúdo dos referidos artigos. O objetivo da postura que se nega a reconhecer direitos aos trabalhadores imigrantes é justamente limitar a imigração, penalizando o trabalhador que perde o emprego ou

imigra%C3%A7%C3%B5es-e-fectuadas-em-condi%C3%A7%C3%B5es-abusivas-e-sobre-promo%C3%A7%C3%A3o-da-igualdade-de>. Acesso em: 28 ago. 2016.

¹⁵⁷ CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana**: a circulação internacional de pessoas. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 128.

¹⁵⁸ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 231.

encontra-se em situação irregular, com a deportação. Lopes¹⁵⁹ tece crítica a respeito dessa postura, dizendo que deportar o trabalhador que se encontra em situação ilegal certamente facilita o abuso por parte do empregador, pois inviabiliza qualquer possibilidade de reclamação na via judicial por melhores condições e cumprimento das obrigações trabalhistas.

Por mais que estejam previstas penalidades para o empregador que emprega decorrentes da relação de emprego, certamente contratará outro nas mesmas condições precárias e ilegais, promovendo, assim, uma rotatividade na mão-de-obra ilegal¹⁶⁰. Deportar imigrantes ilegais, a prática de deportação do trabalhador constitui um verdadeiro incentivo à ilegalidade. Isso porque, diante da manifestação de poder desigual, se o empregador não for obrigado a pagar as verbas trabalhistas o trabalhador ilegal ou irregular, portanto, como manifestação da soberania estatal, não contribui para estancar o problema da ilegalidade; muito pelo contrário, configura-se um incentivo a essa prática.

Não obstante, deve-se ressaltar que o artigo 14 permite algumas restrições ao trabalho do imigrante, que estão relacionadas aos seguintes temas: a) livre escolha do emprego; b) reconhecimento de títulos; c) acesso a determinadas categorias e funções¹⁶¹. Essas disposições restritivas são muito utilizadas pelos países, mais especialmente aquelas que impedem a mobilidade geográfica do trabalhador imigrante e as que impedem a escolha de emprego por um período indefinido de tempo. Para Lopes¹⁶², a pessoa que ingressa no país fica “condenada a permanecer na mesma atividade por todo período em que permanecer no país de acolhida”, representando uma limitação ao direito de liberdade de trabalho, e, portanto, nesse

¹⁵⁹ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 233.

¹⁶⁰ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 233.

¹⁶¹ Todo o Estado Membro: a) Poderá subordinar a livre escolha de emprego, assegurando, no entanto, o direito à mobilidade geográfica, à condição de que o trabalhador migrante tenha residido legalmente no país, com fins de emprego, durante um período prescrito que não deverá ultrapassar dois anos ou, caso a legislação exija um contrato de duração determinada inferior a dois anos, que o primeiro contrato de trabalho tenha caducado; b) Após consulta oportuna às organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, poderá regulamentar as condições de reconhecimento das qualificações profissionais, incluindo certificados e diplomas obtidos no estrangeiro; c) Poderá restringir o acesso a certas categorias limitadas de emprego e de funções quando tal for necessário ao interesse do Estado.

¹⁶² LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 236.

ponto a Convenção não representa um avanço.

Considerando que poucos países ratificaram a referida Convenção, forçoso se faz concluir que o conteúdo do instrumento não era de interesse prático da maioria dos países. Esse fato é uma clara indicação de que a imigração continua sendo tratada sob o ponto de vista exclusivamente econômico dos países. Consequentemente, interessados em mão-de-obra, valem-se da prevalência da soberania para pautar as políticas migratórias em seus territórios, à revelia dos direitos humanos e direitos sociais dos trabalhadores¹⁶³.

É imperativo concluir que a Convenção 143 da OIT possui medidas eficazes ao combate da imigração irregular, pois visam prevenir imigrações ilegais, quando privilegia a garantia dos direitos trabalhistas.

2.2.2 ONU: instrumentos de proteção ao migrante

A Organização das Nações Unidas é uma organização internacional formada por países que se reuniram para trabalhar pela paz e pelo desenvolvimento mundial, pós Segunda Guerra Mundial. Fundada em 24 de outubro de 1945, tem por objetivo principal criar e colocar em prática mecanismos que possibilitem a segurança internacional, desenvolvimento econômico, respeito aos direitos humanos e o progresso social ¹⁶⁴. Alguns de seus instrumentos são relevantes para o presente estudo, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, e considerada um marco na história da humanidade.

Esse importante documento foi redigido sob o impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, retomando os ideais da Revolução Francesa. Representa uma “[...] manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade

¹⁶³ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 237.

¹⁶⁴ SUA PESQUISA. **ONU** (Organização das Nações Unidas). 2016. Disponível em: <<http://www.suapesquisa.com/geografia/onu.htm>>. Acesso em: 18 set. 2016.

e da fraternidade entre os homens”¹⁶⁵.

Piovesan¹⁶⁶ explica que a Declaração constitui um “código e uma plataforma comum de ação”, e consolida a afirmação de uma ética universal ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universalista a serem seguidos pelos Estados. A Declaração tem por objetivo “[...] delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis”. O que importa para a Declaração é a condição de pessoa. Esse é o único requisito para a titularidade dos direitos ali presentes. Essa universalização dos direitos presentes na Declaração tem fundamento na concepção da dignidade da pessoa humana.

Com relação à força jurídica do documento, é imprescindível dizer que a Declaração é uma recomendação. Tal constatação leva ao entendimento primeiro de que a Declaração não teria força vinculante. No entanto, Comparato¹⁶⁷ assevera que essa análise peca por excesso de formalismo e diz que se reconhece “[...] hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais”.

No que tange ao tema das migrações, o artigo 13¹⁶⁸ da Declaração prevê que: “Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado”. No item 2 do mesmo artigo, a redação prevê que: “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”. O inciso primeiro estabelece, portanto, que toda a pessoa tem o direito de circular e escolher a sua residência no interior de um Estado, de forma livre. Já a segunda parte do artigo afirma que toda a pessoa tem o direito de abandonar qualquer país em que se encontra, inclusive o seu país de origem, ressalvado também o direito de regresso ao local. Esse artigo consagra o direito à autodeterminação pessoal, que consiste no direito de aceitar ou rejeitar a jurisdição

¹⁶⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 238.

¹⁶⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015a. p. 215.

¹⁶⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 239.

¹⁶⁸ Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 1 out. 2016.

política em que se vive¹⁶⁹.

No entanto, a interpretação desses dois incisos leva ao reconhecimento de que não está previsto na Declaração o direito de ingressar em outro país ou até mesmo de fixar residência fora das fronteiras do país de nacionalidade do indivíduo. O que a segunda parte do artigo 13 garante é o direito de livre circulação, que pode se dar em termos práticos na saída do país para turismo ou negócios temporários. Assim, conclui-se que o ingresso em determinado país ou a liberdade de estabelecimento com fins de residência, em um país diverso do da nacionalidade, não é um direito reconhecido para o ser humano, mas apenas uma reivindicação¹⁷⁰.

Lopes¹⁷¹ aponta o paradoxo contido no documento que afirma a existência de um direito humano à emigração, mas nada fala a respeito da imigração. Ou seja, é garantido o direito de sair de um país, mas não o direito de ingressar em outro país. A respeito desse paradoxo, pode-se pensar que, se as pessoas podem sair de seu país, mas não têm o direito garantido a entrar em outro país, para onde vão? Por que não está reconhecida a liberdade individual de buscar condições e qualidade de vida e bem-estar fora em qualquer parte do planeta, em especial quando não se encontra no país de origem?¹⁷²

Fato é que não existem normas internacionais claras que garantam o direito de ingresso em território diverso do país de origem do indivíduo, pois não existe, no direito internacional, um direito garantido ao ato de imigrar. Esse direito, se existisse, seria oposto aos postulados de soberania que conferem o direito a cada Estado de determinar livremente quem pode entrar no país e quem não pode, bem como quem pode instalar-se e em quais condições. É por isso que a imigração continua em debate.

O que existe atualmente é uma crise entre a ideia de migração e de soberania. De um lado, um tema diretamente relacionado a direitos humanos, que se

¹⁶⁹ CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana**: a circulação internacional de pessoas. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 53.

¹⁷⁰ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 238.

¹⁷¹ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 239.

¹⁷² LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 239.

concretiza pela busca de acolhida em outro território, e, de outro, o controle de fronteiras como forma de manutenção da segurança, bem-estar econômico, estabilidade política e identidade cultural.

Outro importante instrumento internacional a ser tratado é a Convenção de Genebra de 1951, que conta com 145 Estados-partes e consolidou um efetivo Direito Internacional dos Refugiados¹⁷³. A Convenção foi ratificada pelo Brasil em 1960 e influenciou a edição da Lei 9.747/97 que trata do refugiado, a qual será abordada no capítulo 3. É um documento de proteção aos direitos humanos e deriva diretamente do art. 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos que prevê o direito de asilo à pessoa sujeita a perseguição. No entanto, a Convenção é mais específica e determinada porque trata de direitos de proteção a uma categoria de pessoas determinadas: aqueles que não podem mais contar com seu país de nacionalidade ou residência habitual para garantia de direitos como respeito, proteção e outras liberdades fundamentais¹⁷⁴.

A Convenção é baseada no espírito humanitário, de solidariedade internacional e de respeito dos direitos humanos. Assim, foi celebrada com o intuito de conferir proteção aos que são perseguidos por razões de gênero, de orientação sexual, de ordem étnica, cultural, confessional ou ideológica¹⁷⁵. O documento trata, portanto, de uma parcela de imigrantes que possuem uma característica diferente da tratada até aqui, que está relacionada à busca de trabalho e melhores condições de vida pautada pelo contexto econômico.

A primeira conceituação do refugiado abarcava somente indivíduos que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1 de janeiro de 1951, na Europa, temiam serem perseguidos por motivos de raça, de religião, de nacionalidade, de grupo social ou opiniões políticas, e, então, fugiram de seus países de origem ou

¹⁷³ CUNHA, Ana Paula da. A Convenção de 1951, relativa ao status de refugiado aos 60 anos e desafios da atualidade. In: PEREIRA, Gloria Maria Santiago; PEREIRA, José de Ribamar Souza. (Orgs.) **Migração e globalização: um olhar interdisciplinar**. Curitiba: CRV, 2012. p. 102.

¹⁷⁴ GMG. Global Migration Group. **International migration and human rights: Challenges and opportunities on the threshold of the 60th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights**. ISBN: 978-0-89714-900-6. October, 2008. p. 30.

¹⁷⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FERREIRA, Priscila Andreoti. A proteção dos refugiados no Brasil e o procedimento para concessão de refúgio. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; GODOY, Gabriel Gualano de. (Coords.) **Migrações: Políticas e direitos humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 170.

de residência habitual¹⁷⁶. As possibilidades para caracterização do refugiado eram específicas e delimitadas, abrangendo como hipóteses de cabimento ao *status* de refugiado apenas direitos civis e políticos.

Originalmente a Convenção previa duas limitações¹⁷⁷ à sua própria incidência. No entanto, em 1967, o Protocolo de Nova York supriu as reservas temporal e geográfica, impostas inicialmente pela Convenção, mantendo intacta a conceituação de refugiado. Assim, a Convenção somada ao Protocolo reconhece a dimensão internacional da questão dos refugiados, bem como estabelecem direitos mínimos a serem observados no tratamento aos refugiados acolhidos, partilhando a responsabilidade entre os Estados, sem as reservas inicialmente previstas¹⁷⁸.

Ao longo do tempo, as definições de refugiado constantes da Convenção tornaram-se insuficientes, haja vista as novas demandas do mundo. Nesse sentido, dois instrumentos internacionais ampliaram a noção de refugiado e merecem ser citados: a Convenção Relativa aos Aspectos dos Refugiados Africanos, de 1969, e a Declaração de Cartagena, de 1984.

A Convenção da União Africana acrescenta outras razões que podem deflagrar um pedido de refúgio, conforme artigo 1º, seção 2: “[...] agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade [...]”¹⁷⁹. Como os haitianos não se enquadram no conceito clássico de refugiado, a abordagem estabelecida pela Convenção Africana seria adequada para o caso, uma vez que os acontecimentos climáticos perturbaram gravemente a ordem pública do Haiti.

¹⁷⁶ Disponível em:

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 1 out. 2016.

¹⁷⁷ Seriam consideradas refugiadas apenas pessoas provenientes da Europa e fugidas em razão de uma perseguição ocorrida antes de 1 de janeiro de 1951, pois foi criada para dar conta da realidade dos refugiados oriundos do continente europeu em razão da Segunda Guerra Mundial. Essas limitações são bastante rígidas por terem sofrido enorme influência norte-americana, dado o contexto de Guerra-Fria em que o instrumento foi redigido.

¹⁷⁸ CUNHA, Ana Paula da. A Convenção de 1951, relativa ao status de refugiado aos 60 anos e desafios da atualidade. In: PEREIRA, Gloria Maria Santiago; PEREIRA, José de Ribamar Souza. (Orgs.) **Migração e globalização: um olhar interdisciplinar**. Curitiba: CRV, 2012. p. 104.

¹⁷⁹ CUNHA, Ana Paula da. A Convenção de 1951, relativa ao status de refugiado aos 60 anos e desafios da atualidade. In: PEREIRA, Gloria Maria Santiago; PEREIRA, José de Ribamar Souza. (Orgs.) **Migração e globalização: um olhar interdisciplinar**. Curitiba: CRV, 2012. p. 106.

A Declaração de Cartagena do ACNUR¹⁸⁰, conforme seu artigo 3º¹⁸¹, considera refugiado as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, sua segurança ou sua liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, pela agressão estrangeira, pelos conflitos internos, pela violação maciça dos direitos humanos ou por outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

A inovação mais importante desse instrumento é a caracterização da grave e generalizada violação de direitos humanos. A partir dessa noção, “[...] a violação de quaisquer direitos humanos, e não somente dos direitos consagrados como civis e políticos”¹⁸² pode ensejar o refúgio. A nova concepção “[...] é extremamente relevante nos contextos africano e latino-americano¹⁸³, uma vez que apresentam sistemáticas violações à dignidade da pessoa humana em formas diversas”¹⁸⁴.

Entretanto, embora seja considerada uma inovação positiva, Jubilit¹⁸⁵ tece importante crítica a respeito da noção subjetiva do conceito de grave e generalizada violação de direitos humanos sujeita, mais uma vez, a discricionariedade de cada Estado, a depender da vontade política e do interesse econômico.

Já o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹⁸⁶, de 16 de dezembro de 1966, é um dos três instrumentos que constituem a Carta Internacional dos Direitos Humanos, junto à Declaração Universal dos Direitos Humanos e ao Pacto

¹⁸⁰ O ACNUR foi estabelecido em 1950, dentro do sistema das Nações Unidas, para efetivar a proteção aos refugiados. Foi instituído como um órgão subsidiário da ONU, em conformidade com o artigo 22 da Carta das Nações Unidas, capaz de atuar independentemente, apesar de seguir diretrizes da Assembleia Geral e do Conselho Econômico e Social.

¹⁸¹ Disponível em:

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1>. Acesso em: 2 out. 2016.

¹⁸² Disponível em:

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/O_Direito_Internacional_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 2 out. 2016.

¹⁸³ Pessoas que vivem em países mais pobres, como os da América Latina e África, tendem a ter violados direitos humanos quando não garantidos por liberdade econômica e sujeitos à pobreza extrema.

¹⁸⁴ Disponível em:

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/O_Direito_Internacional_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 2 out. 2016.

¹⁸⁵ Disponível em:

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/O_Direito_Internacional_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 2 out. 2016.

¹⁸⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 29 out. 2016.

Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Foi ratificado pelo Brasil, promulgado e entrou em vigor em 24 de abril de 1992 por meio do Decreto 592 do mesmo ano.

As determinações da Declaração Universal foram tratadas com mais especificidade pelo Pacto, que trouxe “[...] um catálogo de direitos civis e políticos mais extenso que o da própria Declaração”¹⁸⁷. Hoje o documento representa o instrumento internacional mais relevante sobre direitos humanos, no que diz respeito ao direito de ir e vir. O art. 13 da Declaração, estudado no capítulo primeiro, repercutiu no art. 12 do Pacto, que prevê o direito de ir e vir e uma enumeração específica de limitações que podem ser impostas ao exercício desse direito¹⁸⁸.

O Pacto abordou o direito de ir e vir abrangendo quatro aspectos distintos: i) o direito de livre circulação de residência dentro de um território; ii) o direito do nacional de sair; iii) o direito do estrangeiro de deixar o país de sua residência temporária; iv) o direito do nacional de entrar ou regressar a seu país. O primeiro aspecto pode ser encontrado no parágrafo 1º, que determina: “Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado terá o direito de nele livremente circular e escolher sua residência”. Esse direito pode ser exercido tanto pelo nacional, quanto pelo estrangeiro, mas desde que nele se encontre legalmente. Já os segundo e terceiro aspectos encontram-se no parágrafo 2º que estipula: “Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país”. Quanto ao quarto aspecto, o parágrafo 4º merece especial atenção ao estabelecer: “Ninguém poderá ser privado arbitrariamente do direito de entrar em seu próprio país”. Note-se que a palavra utilizada é “entrar” e não “regressar”, pois o verbete visa abranger também o direito às pessoas nascidas fora do país de nacionalidade, que pretendem ingressar no território do país que nunca estiveram¹⁸⁹.

O Pacto determina que o direito de ir e vir não pode sofrer restrições. No entanto, ao contrário de outros instrumentos internacionais, como a Declaração Universal, não trata desse direito em termos absolutos. Determina a possibilidade de

¹⁸⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015a. p. 241.

¹⁸⁸ CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 57.

¹⁸⁹ CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 57.

restrições conforme parágrafo terceiro do art. 12, como as destinadas a proteger “[...] a segurança nacional e a ordem, a saúde ou a moral pública, bem como os direitos e liberdades das demais pessoas, e que sejam compatíveis com os outros direitos reconhecidos no presente Pacto”. A exigência do Pacto é que essas restrições sejam estabelecidas em lei e estejam dentro dos limites estabelecidos com a finalidade de evitar arbitrariedades¹⁹⁰.

As limitações estabelecidas diretamente pelo Pacto permitem com que o Estado crie legislações que dificultem a livre circulação internacional de pessoas, afetando os quatro aspectos abordados pelo Pacto e que visam garantir a movimentação de pessoas pelo mundo. As limitações diretas são aquelas atinentes à segurança nacional, à ordem pública, à saúde pública, à moral pública, aos direitos e liberdades de terceiros, compatibilidade com demais direitos reconhecidos pelo Pacto.

Extrai-se do art. 2º, §4º da Carta das Nações Unidas¹⁹¹, que, no contexto da paz internacional, segurança nacional refere-se à garantia da independência política e da integridade territorial dos Estados. Assim, com base no argumento de proteger a segurança nacional, somente poderia ser limitado o direito de ir e vir na hipótese de existir uso de força externa contra o Estado, ou ameaça do uso dessa força, limitando-se a assuntos de defesa nacional¹⁹². No entanto, Cavarzere¹⁹³ esclarece que a expressão segurança nacional possui um sentido muito subjetivo e, no contexto do direito de ir e vir, engloba “[...] qualquer coisa que possa afetar a segurança pública ou a segurança interna ou externa do Estado”. Para a autora, essa interpretação pode dar origem a graves desrespeitos ao direito de ir e vir, culminando com sua completa anulação. Cavarzere sugere então que a melhor forma de se evitar a aplicação arbitrária da fundamentação amparada na segurança nacional seria aplicá-la somente nos casos em que as atividades exercidas pelo indivíduo forem puníveis pelo direito penal, impedindo o indivíduo de deixar ou entrar no país.

¹⁹⁰ CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana**: a circulação internacional de pessoas. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 59.

¹⁹¹ Art. 2º, 4.: “Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas”.

¹⁹² CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana**: a circulação internacional de pessoas. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 60.

¹⁹³ CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana**: a circulação internacional de pessoas. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 61.

Com relação à ordem pública, também se faz necessário compreender o sentido da locução. Ordem significa a disposição metódica das coisas em seu devido lugar, enquanto que público significa que pertence a todos. Assim, pode-se dizer que ordem pública significa tranquilidade interior¹⁹⁴. A fim de que a ordem pública seja mantida, elementos conturbadores, como criminosos, devem permanecer presos, ou do lado de fora. Prende-se o nacional e impede-se a entrada do estrangeiro, salvaguardando os interesses da comunidade internacional. Não se trata de ato de discriminação, desde que não se trate de mera suposição¹⁹⁵.

Também é lícito que a livre circulação seja restringida a fim de evitar a difusão de doenças contagiosas e a propagação de epidemias. Deve-se ressaltar, que tanto no caso de saúde pública, quanto de ordem pública, o Estado não pode recusar-se a receber o seu nacional.

No que diz respeito à moral pública, é evidente que o conceito de moral é diferente de um país para o outro e por conta disso, não há um conceito uniforme de moral a ser seguido. Quanto aos direitos e liberdades de terceiros, tanto o nacional quanto o estrangeiro podem ser impedidos de sair caso tenham deixado de cumprir com obrigações devidas a terceiros, como pensões alimentícias, exames médicos obrigatórios para determinação de paternidade, seguro obrigatório de veículos, obrigações contratuais para entrega de mercadorias ou prestação de serviços¹⁹⁶.

O propósito da exigência de compatibilidade com outros direitos reconhecidos no Pacto é evitar que as limitações sejam aplicadas de forma discriminatória em desconformidade com o art. 2º, que proíbe a discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

¹⁹⁴ CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana**: a circulação internacional de pessoas. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 61.

¹⁹⁵ CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana**: a circulação internacional de pessoas. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 62.

¹⁹⁶ CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana**: a circulação internacional de pessoas. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 63.

Como os conceitos ora expostos são passíveis de ampla manipulação, é possível concluir que o direito à migração pode sofrer restrições, sem que haja violação ao Pacto¹⁹⁷.

É importante analisar, também, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias da ONU de 1990. Junto ao Pacto e outros oito instrumentos internacionais, como a Declaração Universal, Pacto pelos Direitos Civis, Convenção contra a Discriminação Racial e da Mulher, Convenção pela Abolição da Tortura e pelos Direitos das Crianças, compõe o rol das convenções mais importantes sobre direitos humanos. A finalidade da Convenção é dar proteção aos trabalhadores migratórios e seus familiares. Foi adotada pela Resolução 45/158, da Assembleia Geral da ONU, em 18 de dezembro de 1990, mas entrou em vigor apenas em 2003.

Como dito, é instrumento de extrema relevância no que concerne aos direitos humanos. No entanto, diametralmente oposta a sua importância, até dezembro de 2012, apenas 46 países ratificaram o conteúdo. O Brasil não está dentre eles, o único ausente do Mercosul¹⁹⁸. Essa Convenção é o tratado de direitos humanos com o menor número de ratificações¹⁹⁹.

O baixo número de ratificações evidencia o desinteresse dos países receptores em garantir direitos aos trabalhadores migrantes e seus familiares. A crítica de Lopes²⁰⁰ aponta que a tendência vai além de não garantir novos direitos, mas sim de ignorar direitos já consagrados em outros instrumentos internacionais da OIT, por exemplo, ou até mesmo convenções da própria ONU.

No contexto histórico, Piovesan²⁰¹ relembra que, no âmbito da ONU, a primeira preocupação com os direitos dos trabalhadores migrantes foi em 1972

¹⁹⁷ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 269.

¹⁹⁸ Processo de integração regional que se iniciou em 26 de março de 1991, com a assinatura do Tratado de Assunção pelos governos de Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

¹⁹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015a. p. 297.

²⁰⁰ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 242.

²⁰¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015a. p. 298.

quando o Conselho Econômico e Social²⁰² alertou para os problemas do transporte ilegal de trabalhadores para países europeus também para a exploração de trabalhadores de países africanos em condições análogas à de escravo. No mesmo ano, a Assembleia Geral²⁰³ da ONU também alertou e “[...] condenou a discriminação contra trabalhadores estrangeiros, demandando que os Governos colocassem fim a esta prática, melhorando os procedimentos de recepção de trabalhadores migrantes”.

Piovesan relata também que, em 1976, a Subcomissão para Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias “[...] aprovou um relatório sobre a exploração de trabalhadores migrantes por meio de tráfico ilícito e clandestino”, identificando dois problemas: o tráfico ilícito de imigrantes e, também, a discriminação dos imigrantes nos países que os recebem, tendo ao final recomendado “[...] a elaboração pela ONU de uma Convenção sobre os Direitos dos Trabalhadores Migrantes”.

Assim, a importância da Convenção de 1990 dá-se por estabelecer uma codificação universal dos direitos dos trabalhadores migrantes, mais atualizada do que as convenções da OIT, visto que, ao estabelecer direitos mínimos, inclui também os familiares, independentemente do *status* migratório.

A Convenção reafirma de forma exaustiva, nos artigos 8º a 35, vários direitos já reconhecidos, inerentes à pessoa humana. Entretanto, o fato mais relevante dá-se por consagrar tais direitos para a pessoa com *status* de imigrante e não somente ao legalmente admitido. Piovesan²⁰⁴ destaca essa proteção dizendo que a Convenção dá especial tutela aos “[...] direitos dos trabalhadores migrantes não documentados ou em situação irregular comumente empregados em condições de trabalho menos favoráveis que outros trabalhadores e, por vezes, explorados e vítimas de graves violações de direitos humanos”.

Muito embora o rol de direitos previstos no instrumento seja exaustivo, existem ressalvas quanto à aplicabilidade desses direitos em vista do interesse nacional, ordem pública e proteção de direitos e liberdades dos demais. Essas ressalvas, que foram feitas no próprio instrumento, contribuem para que os direitos

²⁰² Por meio da Resolução nº 1.706 (LVIII).

²⁰³ Por meio da Resolução nº 2.920 (XXVII).

²⁰⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015a. p. 299.

humanos e liberdades dos imigrantes sejam relativizados²⁰⁵.

Outra importante ressalva constante do documento é que os direitos previstos na Convenção não podem ser interpretados de modo a implicar o direito de regularização de imigrantes que se encontram em situação irregular. Isso induz ao entendimento de que esses direitos humanos estão sempre condicionados e podem ter interpretação restritiva,²⁰⁶ visto que não necessariamente se aplicam aos imigrantes encontrados em situação ilegal. Essa determinação é absolutamente contrária aos postulados de direitos humanos que “[...] não necessitam ser subordinadas à cidadania e nacionalidade, e não podem ser institucionalmente dependentes de um contrato social derivado nacionalmente”²⁰⁷. Essa constatação demonstra a incoerência da ordem internacional, uma vez que, com textos abrangentes e vagos, permite interpretações restritivas aos direitos humanos que pretendia garantir.

Não obstante as críticas ao instrumento, é possível concluir que representa um avanço porque estabelece direitos mínimos aos trabalhadores imigrantes, e esse fato pode ajudar a limitar a discricionariedade estatal na adoção de políticas migratórias²⁰⁸, conciliando a soberania com direito de ir e vir. É importante destacar também que, na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, houve considerável avanço na cooperação internacional no tema migrações, pois se reconheceu a interdependência das questões mundiais de população, de desenvolvimento e de meio ambiente.

O programa de Ação do Informe da Conferência pretende que sejam adotadas políticas socioeconômicas e macroeconômicas adequadas para promover em todos os países o crescimento econômico sustentado e sustentável, bem como mobilizar os recursos humanos e financeiros para resolver os problemas mundiais²⁰⁹. Trata-se de uma agenda política que toca no ponto crucial para a resolução do

²⁰⁵ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 245.

²⁰⁶ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 245.

²⁰⁷ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 129.

²⁰⁸ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 249.

²⁰⁹ Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2016.

problema das migrações, pois parte do princípio de que toda pessoa deve poder permanecer em seu próprio país e levar uma vida digna²¹⁰.

O evento não criou nenhum direito novo, conforme consta expressamente do item 1.15 do programa de Ação, mas seu avanço encontra-se no fato de que afirma que os direitos humanos devem aplicar-se em questões de população, e, portanto, nas questões de migração. O instrumento concretiza o caráter político das migrações e coloca em evidência os verdadeiros motivos das migrações: as desigualdades econômicas, a pobreza, a degradação do meio ambiente, a guerra, a insegurança, as violações de direitos humanos, os distintos graus de desenvolvimento das instituições democráticas dos países envolvidos²¹¹.

Além disso, no item 10.2 daquele documento, são relacionados os objetivos dessa agenda diante das migrações, como: tratar das causas fundamentais da migração, especialmente as relacionadas à pobreza; estimular mais cooperação e diálogo entre países de origem e países de destinação, para maximizar os benefícios da migração para os países envolvidos e aumentar a probabilidade de que a migração tenha consequências positivas para o desenvolvimento tanto dos países de origem como dos países de destinação; e facilitar o processo de integração de migrantes que retornam. Assim, as medidas necessárias para que as pessoas possam permanecer em seu país de origem e levar uma vida digna passa, necessariamente, pela solução dos problemas que levam aos movimentos migratórios na atualidade, como a pobreza e a desigualdade econômica entre os países.

Com relação à soberania estatal, o documento prevê, no item 10.15: “É direito de toda nação-estado decidir sobre quem pode entrar e permanecer em seu território e sob quais condições”. No entanto, limita esse direito ao afirmar que “[...] deve ser exercido com cuidado para evitar ações e políticas racistas ou xenófobas”. Pode-se dizer que esse dispositivo é incompleto, pois esses são apenas dois dos

²¹⁰ Item 10.3: Os governos de países de origem e dos países de destinação devem procurar tornar viável a toda pessoa a opção de permanecer no seu próprio país. Para isto, devem ser envidados esforços para se chegar a um desenvolvimento econômico e social sustentável que assegure melhor equilíbrio econômico entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento e países de economia em transição.

²¹¹ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 251.

direitos humanos que podem ser violados.

Quanto às migrações irregulares, estabelece que o problema aumenta quando a força de trabalho em países em desenvolvimento continua a crescer. E para o combate propõe que os objetivos são: a) tratar das causas fundamentais da migração irregular; b) reduzir o número de migrantes irregulares, assegurando a proteção internacional àqueles que dela precisem; evitar a exploração de migrantes irregulares e assegurar que tenha protegidos seus direitos humanos básicos; c) evitar tráfico internacional de migrantes; d) assegurar proteção contra o racismo, o etnocentrismo e a xenofobia.

Conclui-se, assim, que o grande avanço da Convenção foi a percepção atual que implica no fenômeno da migração. Muito embora não tenha caráter vinculativo, já aponta para soluções muito mais satisfatórias, do ponto de vista da realidade, do que os instrumentos anteriores.

2.3 REGULAMENTAÇÕES REGIONAIS SOBRE MIGRAÇÃO

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos²¹² é o instrumento de maior importância no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Foi celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, e entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978. O governo brasileiro depositou a carta de adesão a essa convenção em 25 de setembro de 1992 e a promulgou pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Piovesan²¹³ diz que a Convenção “[...] reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos”. O Artigo 22 dispõe sobre o direito de circulação e de residência, reafirmando, no parágrafo primeiro, que: “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”, garantindo o direito de entrar e sair do país de origem livremente. O parágrafo quarto estabelece uma restrição a esse exercício por motivo de

²¹² Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

²¹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015b. p. 140.

interesse público e por meio de previsão legal. Os parágrafos segundo, terceiro e quinto não trazem nenhuma inovação com relação ao Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, reafirmando as mesmas regras, inclusive as restrições diretas tratadas anteriormente. Assim, a Convenção Americana protege o direito de migrar internacionalmente; no entanto, também reconhece o direito do Estado de controlar a entrada de estrangeiros em seu território²¹⁴.

Nesse mesmo sentido, a Corte Internacional de Direitos Humanos manifestou-se por intermédio da Resolução 3/08²¹⁵, sobre o direito e a obrigação dos Estados criarem mecanismos para controlar a entrada e a saída de estrangeiros de seu território.

O direito internacional dispõe que os países têm tanto o direito como a obrigação de criar mecanismos para controlar a entrada de estrangeiros em seu território bem como sua saída desse mesmo território. Dispõe também que as ações nesse sentido devem ser realizadas com o devido respeito aos direitos das pessoas afetadas e que a observância de princípios fundamentais como a não discriminação e o direito a integridade pessoal não pode subordinar-se à implementação dos objetivos das políticas públicas.

Sobre o direito de asilo e refúgio, o parágrafo sétimo dispõe que toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos, de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais. Dando continuidade, o parágrafo oitavo determina que, em nenhum caso, o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, cujo direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, da sua nacionalidade, da sua religião, da sua condição social ou de suas opiniões políticas.

Com relação à expulsão de estrangeiros, o parágrafo sexto determina que aquele que se ache legalmente no território de um Estado Parte só poderá dele ser expulso em cumprimento de decisão adotada de acordo com a lei, e o parágrafo nono proíbe a expulsão coletiva de estrangeiros. Por fim, é importante destacar que a Convenção determina que os Estados, além de respeitar e assegurar o livre e pleno

²¹⁴ VERAS, Nathália Santos. Direitos humanos dos migrantes na jurisprudência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Textos&Debates**, Boa Vista, n. 18, p. 251-268, jan./jun. 2010. p. 608.

²¹⁵ Disponível em: <<https://cidh.oas.org/Publicacoes.htm>>. Acesso em: 30 out. 2016.

exercício dos direitos previstos, devem adotar medidas legislativas e de outra natureza que sejam necessárias para conferir validade aos direitos e liberdades ali tutelados.

Assim como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercosul é outro instrumento relevante para o presente estudo. A análise começa pelo art. 4º parágrafo único da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), que dispõe que a “República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”. Para que a integração dos povos da América Latina aconteça, na forma pretendida pela Constituição Federal Brasileira, “[...] deverão ser minimizadas as diferenças entre os nacionais dos vários povos da América Latina ao que for essencial para a salvaguarda da autonomia ou identidade de cada um dos povos integrados”²¹⁶.

Assim, o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, Bolívia e Chile - foi assinado em dezembro de 2002, e, posteriormente, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 6.975, de 7 de outubro de 2009. É um instrumento que marca o início de uma nova etapa na história da integração dos Estados Membros do Mercosul, pois resolve definitivamente a questão migratória entre cidadãos do Mercosul ao instituir um regime de igualdade jurídica aos migrantes²¹⁷.

Conforme os arts. 4º e 5º, o Acordo de Residência garante a possibilidade dos nacionais de um Estado-Parte conseguirem obter residência em território de outro Estado-Parte, se comprovarem nacionalidade e inexistência de antecedentes penais. A residência concedida é temporária por até dois anos, podendo ser transformada em permanente após esse prazo.

As pessoas que tenham obtido sua residência, seja permanente ou temporária, terão o direito a entrar, sair, circular e permanecer livremente no território do país de recepção, mediante prévio cumprimento das formalidades legais e sem

²¹⁶ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 469.

²¹⁷ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 534.

prejuízo de restrições excepcionais impostas por razões de ordem pública e segurança pública. Terão direito, ainda, a exercer qualquer atividade, tanto por conta própria como por conta de terceiros, nas mesmas condições que os nacionais do país de recepção, tudo conforme determina art. 8º do Acordo.

Já o art. 9º prevê igualdade de tratamento dos estrangeiros para com os nacionais, direito de reunião familiar, caso algum dos membros da família não tenha nacionalidade de um dos países integrantes do Mercosul, e, ainda, o direito a transferir renda pessoal ao seu país de origem. Novamente, reitera-se a importância do Acordo de Residência do Mercosul, pois ele aponta em outra direção com relação ao direito de ir e vir e as regulamentações existentes no Estatuto do Estrangeiro brasileiro, que será estudado do capítulo terceiro, mas que se pode dizer, desde já, que privilegia a soberania estatal. Na visão de Lopes²¹⁸, “[...] a legislação do Mercosul vem conseguindo superar as limitações do Estatuto do Estrangeiro brasileiro, pelo menos com relação aos países do Consol”. Com isso, demonstra-se que o ordenamento internacional pretende limitar a soberania estatal, criando regras mínimas de tutela aos direitos humanos, em especial ao direito de ir e vir e aos direitos dos estrangeiros.

No entanto, a análise legislativa mais profunda apontou que a limitação ao poder soberano do Estado se utiliza de conceitos vagos e subjetivos que possibilitam a discricionariedade do poder estatal. Pode-se dizer que a soberania estatal encontra limites no exercício do direito de ir e vir, ao mesmo tempo que o direito de ir e vir também encontra limites na soberania do Estado, uma vez que os instrumentos permitem essa incoerência. Assim, os instrumentos normativos internacionais não são suficientes para garantir a implementação de uma política migratória plural e inclusiva, preocupada com a tutela de direitos humanos.

²¹⁸ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 539.

CAPÍTULO 3

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ESTATUTO DO ESTRANGEIRO: A NECESSIDADE DE UMA NOVA LEGISLAÇÃO

A situação do imigrante no Brasil reflete, em parte, o contexto regulado pelos instrumentos internacionais e regionais. No âmbito nacional, a Constituição de 1988 e o Estatuto do Estrangeiro são os dois principais instrumentos normativos na regulação da imigração. A Constituição de 1988 foi promulgada com o objetivo de consolidar a transição de um regime autoritário da Ditadura Militar (1964-85) para um regime democrático. É um instrumento de extrema importância para as liberdades e garantias individuais. Restabeleceu preceitos como a igualdade de gêneros, a criminalização do racismo, a proibição total da tortura e direitos sociais como educação, trabalho e saúde para todos e, por isso, recebeu o apelido de “Constituição Cidadã”.

Diante do contexto do fluxo internacional de pessoas, surge o problema a respeito das políticas migratórias brasileiras. A questão visa identificar se as políticas migratórias brasileiras refletem o conteúdo das normas internacionais e regionais sobre fluxo de pessoas e da própria Constituição Federal de 1988, amplamente conhecida como uma constituição inclusiva e pluralista.

3.1 IMIGRAÇÃO NO BRASIL – A LIVRE LOCOMOÇÃO E O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL AO ESTRANGEIRO

As informações sobre imigração no Brasil remontam desde o descobrimento, tendo sido fomentadas por uma alternância de políticas mais ou menos liberais, conforme a necessidade econômica da época. Em 2013, o Brasil abrigava cerca de 940 mil imigrantes. Dados do Ministério do Trabalho, também de 2013, apontam como os principais países de origem da população imigrante no Brasil: Portugal, com 277.727; Japão, com 91.042; Itália, com 73.126; Espanha, com

59.985²¹⁹.

Merece destaque, também, os dados referentes aos beneficiados pelo Acordo de Residência e Livre Trânsito entre os países do Mercosul. Constituem mais de um quinto da soma dos imigrantes estabelecidos no Brasil, com um total de 237.318 pessoas, sendo os principais representantes: Bolívia, com 50.240; e Argentina, com 42.202²²⁰.

Atualmente, o Brasil tem sido o destino de pessoas com diversas nacionalidades em procura de refúgio. Por ser parte da Convenção das Nações Unidas de 1951, sobre o Estatuto dos Refugiados e do seu Protocolo de 1967, o Brasil criou o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE)²²¹, em 1997, com a promulgação do Estatuto do Refugiado.

O número total de solicitações de refúgio aumentou entre 2010 e 2015, passando de 966 solicitações, em 2010, para 28.670, em 2015. A maioria dos solicitantes de refúgio vem da África, da Ásia, inclusive do Oriente Médio e do Caribe²²². De acordo com o ACNUR²²³, o Brasil possuía, em abril de 2016, 8.863 refugiados reconhecidos, de 79 nacionalidades distintas, sendo os principais grupos compostos por pessoas vindas da Síria (2.298), Angola (1.420), Colômbia (1.100), República Democrática do Congo (968) e Palestina (376). Destes, 28,2% são mulheres.

Outro importante dado a ser mostrado refere-se aos estrangeiros haitianos que ingressam no país e que representam importante contingente populacional, uma vez que o Brasil passou a ajudar o Haiti após grave desastre natural. O ingresso de haitianos no Brasil merece ser relatado a partir da participação brasileira da Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti (MINUSTAH), em 2004, quando as relações entre os dois países ganharam proximidade. Em 2010, o terremoto, que

²¹⁹ Disponível em: <<https://oestrangeiro.org/2013/05/22/exclusivo-os-numeros-exatos-e-atualizados-de-estrangeiros-no-brasil-2/>>. Acesso em: 13 out. 2016.

²²⁰ Disponível em: <<https://oestrangeiro.org/2013/05/22/exclusivo-os-numeros-exatos-e-atualizados-de-estrangeiros-no-brasil-2/>>. Acesso em: 13 out. 2016.

²²¹ Órgão interministerial presidido pelo Ministério da Justiça que lida principalmente com a formulação de políticas para refugiados no país, com a elegibilidade e, também, com a integração local de refugiados. A lei garante documentos básicos aos refugiados, incluindo documento de identificação e de trabalho, além da liberdade de movimento no território nacional e de outros direitos civis.

²²² Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>>. Acesso em: 13 out. 2016.

²²³ Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>>. Acesso em: 13 out. 2016.

vitimou mais de 100 mil pessoas e gerou prejuízos equivalentes a 120% do Produto interno bruto (PIB) do país, demandou a intensificação da cooperação brasileira ao desenvolvimento do Haiti. No entanto, a missão de recuperação do país mais pobre da América não tem sido suficiente para que os haitianos possam gozar de uma vida digna²²⁴.

Em função disso, o Brasil passou a adotar uma política migratória especial de caráter humanitário para nacionais do Haiti. Essa política representa uma solução para o ingresso de haitianos no território brasileiro, uma vez que eles não se enquadram nas hipóteses de concessão de visto pelo Estatuto do Estrangeiro e, segundo o CONARE, também não se enquadram no conceito de refugiado, a despeito do conceito amplo presente na legislação brasileira e também da Declaração de Cartagena. No mesmo norte, não há previsão constitucional para a concessão de vistos humanitários. Mesmo assim, o CONARE entendeu que a situação dos haitianos é trágica e, por isso, deveria haver outro tipo de proteção internacional. Assim, por meio de Resolução Normativa, criou-se a possibilidade de ingresso dos nacionais do Haiti no Brasil.

A doutrina enquadra o caso dos haitianos como deslocados ambientais, um conceito ainda não previsto na legislação nacional e também internacional. São pessoas vulneráveis que se deslocam do seu país de origem por conta de uma mudança ambiental drástica o suficiente para tornar suas vidas ameaçadas ou insustentáveis²²⁵. Dessa forma, o Brasil passou a conceder “vistos humanitários” aos haitianos que solicitam refúgio. Esse visto permite a permanência e é dado pelo Conselho Nacional de Imigração do Brasil (CNIg) do Ministério do Trabalho e Emprego ao estrangeiro solicitante de refúgio em necessidade de proteção humanitária²²⁶, com base na Resolução Normativa 97 do CNIg²²⁷. Em 2013, o CNIg eliminou o limite de

²²⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FERREIRA, Priscila Andreoti. A proteção dos refugiados no Brasil e o procedimento para concessão de refúgio. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; GODOY, Gabriel Gualano de. (Coords.) **Migrações: Políticas e direitos humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 185.

²²⁵ PACÍFICO, Andrea Pacheco; GAUDÊNCIO, Marina Ribeiro Barboza. A proteção dos deslocados ambientais no regime internacional dos refugiados. **REMHU - Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.**, Brasília, ano XXII, n. 43, p. 133-148, jul./dez. 2014. p. 135.

²²⁶ Art.1º Parágrafo único da Resolução 97 do CNIg: Consideram-se razões humanitárias, para efeito desta Resolução Normativa, aquelas resultantes do agravamento das condições de vida da população haitiana em decorrência do terremoto ocorrido naquele país em 12 de janeiro de 2010.

²²⁷ Art. 1º da Resolução 97 do CNIg: Ao nacional do Haiti poderá ser concedido o visto permanente previsto no art. 16 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, por razões humanitárias, condicionado ao prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 18 da mesma Lei, circunstância que constará da

mil e duzentos vistos permanentes anuais, também por razões humanitárias. Segundo dados oficiais do governo, existem, no Brasil, cerca de 80 mil imigrantes haitianos que foram formalizados com a concessão de visto humanitário ou estão em processo de residência permanente.²²⁸

Ao analisar os dados aqui expostos, verifica-se que o principal fluxo migratório para o Brasil possui peculiaridades, por tratar-se de contingente populacional proveniente de país assolado por terremotos e furacões, em situação de necessária ajuda humanitária em virtude da pobreza e do elevando número de mortes. Esses imigrantes não se enquadram nos casos previstos pelo Estatuto do Estrangeiro, lei que regulamenta a imigração, nem na Constituição Federal. Além disso, há outros deslocamentos populacionais recebidos pelo Brasil fortemente relacionados ao fenômeno de regionalização e de globalização e seus efeitos na América Latina. Diante desses dados que apontam o crescente contingente populacional que o Brasil vem recebendo nos últimos anos, necessário se faz analisar a legislação nacional a respeito do tema.

A análise das políticas nacionais de imigração inicia-se pela Constituição Federal de 1988, que trata, também, sobre o direito de ir e vir. Nela, consagra-se o direito à livre locomoção no país no art. 5º, inciso XV, que estabelece que “[...] 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”. A liberdade de locomoção é, assim, um desdobramento do direito de liberdade. Canotilho²²⁹ afirma que “[...] a liberdade de deslocação interna e de residência e a liberdade de deslocação transfronteiras constituem, em certa medida, simples corolários do direito à liberdade”. Já a regra que possibilita a faculdade de levar consigo seus bens, respeita o direito de propriedade.

A partir do texto constitucional, pode-se afirmar que a liberdade de locomoção engloba quatro situações: o direito de acesso e de ingresso no território nacional; o direito de saída do território nacional; o direito de permanência no território

Cédula de Identidade do Estrangeiro.

²²⁸ Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/noticias/3803-conselho-nacional-de-imigracao-prorroga-visto-humanitario-para-haitianos>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

²²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 251.

nacional; e o direito de deslocamento dentro do território nacional²³⁰. Todos esses desdobramentos do direito de locomoção estão à margem de uma legislação infraconstitucional, conforme estabelecido pela própria constituição. A legislação ordinária é que dirá, então, quais serão as regras objetivas para o exercício do direito de locomoção no território nacional.

Com relação à possibilidade de restrição a esse direito, o legislador constitucional ressaltou a livre locomoção ao tempo de paz. Não é, portanto, um direito absoluto. Em caso de guerra, “[...] haverá possibilidades de maior restrição legal que, visando à segurança nacional e à integridade do território nacional, poderá prever hipóteses e requisitos menos flexíveis”.²³¹

Além disso, o art. 139 da CRFB também estabelece a possibilidade de que, na vigência do estado de sítio²³² decretado, poderão ser tomadas medidas que visem a obrigação de permanência em localidade determinada, o que também representa uma restrição extraordinária ao exercício do direito de locomoção.

Conforme o *caput* do art. 5º da CRFB, a destinação constitucional do direito à livre locomoção abrange tanto os brasileiros quanto os estrangeiros, sejam ou não residentes no território nacional. No entanto, trata-se, porém, de norma constitucional de eficácia contida, que depende de lei que a regule. Como já dito, a lei ordinária pode “[...] estabelecer restrições referentes a ingresso, saída, circulação interna de pessoas e patrimônio”. Para Moraes²³³, o legislador ordinário pode “[...] delimitar a amplitude, por meio de requisitos de forma e fundo, nunca, obviamente, de previsões arbitrárias”. Nesse sentido, deve-se afirmar que o legislador ordinário brasileiro, ao estabelecer regras que regulamentem o direito de locomoção, deve orientar-se pelos preceitos constitucionais, bem como pelas regras de direito internacional dos organismos dos quais o Brasil é membro.

A Constituição Federal Brasileira tem como fundamento a dignidade da

²³⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 137.

²³¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 137.

²³² Art. 137 da CRFB: O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

²³³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 137.

pessoa humana, que merece ser observada no tratamento também do direito à livre locomoção. Além disso, os instrumentos internacionais que tratam sobre o tema visam o atendimento e a garantia de direitos humanos. Essa tutela também deve orientar o legislador nacional ao estabelecer políticas sobre migração.

Na sequência ao estudo do direito de ir e vir na legislação brasileira, importa também saber qual o tratamento despendido ao estrangeiro pela Constituição Federal. O *caput* do art. 5º da Constituição Federal garante igualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros: “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 [...]”.

É importante esclarecer que a expressão “estrangeiros residentes” alcança aqueles que vivem legalmente no país; no entanto, nem toda pessoa estrangeira que está no país é residente. Assim, a doutrina já se mostrou uníssona no sentido de que a expressão “estrangeiros residentes” “deve ser interpretada no sentido de que a Carta Federal só pode assegurar a validade e o gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro”²³⁴.

Sobre a expressão do texto constitucional, Mendes²³⁵ afirma que os estrangeiros não residentes no país não estão alijados da titularidade de todos os direitos fundamentais:

A declaração de direitos fundamentais da Constituição abrange diversos direitos que radicam diretamente no princípio da dignidade do homem – princípio que o ar. 1º, III, da Constituição Federal toma como estruturante do Estado democrático brasileiro. O respeito devido à dignidade de todos os homens não se excepciona pelo fator meramente circunstancial da nacionalidade.

O autor explica que, em 1957, o Supremo Tribunal Federal (STF) apreciou esse problema sob a égide da Constituição Federal de 1946, que continha texto semelhante ao do *caput* do art. 5º da CRFB de 1988. Na época, o STF manifestou-se em mandado de segurança impetrado por uma empresa estrangeira sediada em

²³⁴ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 459.

²³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 250.

Lisboa, que tentava evitar o leilão de parte de sua propriedade em virtude de cobrança fiscal. A lide cingia-se exatamente sobre o fato de que a empresa estrangeira, pessoa não residente, poderia valer-se do mandado de segurança para proteção do seu direito de propriedade, previstos como direitos fundamentais. Mendes²³⁶ relata que o STF entendeu “[...] que seria uma violência não reconhecer o direito de propriedade do estrangeiro no Brasil, independentemente da sua residência, e que não faria sentido recusar-lhe legitimidade ao mandado de segurança”. Dessa forma, o STF interpretou a cláusula do rol dos direitos fundamentais demonstrando que “[...] os direitos fundamentais são garantidos em concreto dentro dos limites da soberania territorial do País”, determinado que pouco importa que o estrangeiro resida aqui ou não.

Assim, há direitos a todos assegurados, independentemente da nacionalidade do indivíduo e de o estrangeiro estar no Brasil em caráter permanente ou temporário. Mendes²³⁷ esclarece que há direitos que são considerados “[...] emanções necessárias do princípio da dignidade da pessoa humana”, e, por essa razão, “[...] reconhece-se ao estrangeiro o direito às garantias básicas da pessoa humana: vida, integridade física, direito de petição, direito de proteção judicial efetiva, dentre outros”. Não estão excluídos, então, os estrangeiros em trânsito, ou não residentes, que mantêm todas as garantias em atenção também ao art. 3º, inciso IV da Constituição, que veta qualquer forma de discriminação.

Assim, a regra é de que o princípio da igualdade deve pautar o tratamento dispensado aos estrangeiros, sendo as exceções justificadas só em casos excepcionais e expressamente previstas na legislação, como é o caso, por exemplo, da acessibilidade restrita a cargos públicos, proibição de alistamento e voto, etc. O tratamento diferenciado dispensado aos estrangeiros acontece apenas e tão somente nas hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal.

Mendes²³⁸ explica que alguns direitos “[...] são dirigidos ao indivíduo enquanto cidadão, tendo em conta a situação peculiar que o liga ao País”. Desse

²³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 250.

²³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 250-964.

²³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 250.

modo, a Constituição Federal de 1988 prevê que direitos políticos, por exemplo, pressupõem a nacionalidade brasileira. Os direitos sociais também não são garantidos aos estrangeiros sem residência no País.

O que se verifica nos casos em que a Constituição prevê tratamento diferenciado aos estrangeiros, é que há uma preferência ao nacional que se sobrepõe ao estrangeiro. Lopes²³⁹ afirma que existe uma difícil tarefa de compatibilizar o princípio da preferência do nacional em face do estrangeiro com o princípio da igualdade, nos casos previstos na Constituição. Isso porque a própria Constituição Federal prevê a igualdade de tratamento para estrangeiros e o princípio da não discriminação. Para a autora, “[...] preferência e não-discriminação são realmente duas palavras com significado oposto”, e a opção de uma delas exclui os termos da outra. Assim sendo, há falta de coerência do texto constitucional com relação ao tratamento do estrangeiro no país.

Os fundamentos para justificar a distinção entre nacionais e estrangeiros reside, na maior parte das vezes, nos direitos fundamentais vinculados à soberania estatal, de participação política, livre entrada ou permanência e livre estabelecimento profissional ou comercial. Ocorre que, na verdade, são razões econômicas e políticas que determinam as restrições impostas aos estrangeiros²⁴⁰.

Para Lopes²⁴¹, “[...] a soberania, por si só, não seria fundamento suficiente, pois indica apenas o *poder* e não a *decisão*”. A autora afirma que, quando o Estado se abstém de indicar a decisão, originada pelo poder de soberania, abstém-se também de questionamentos quanto a possíveis abusos e, assim, evadem-se de eventual controle por parte da comunidade internacional e dos padrões básicos de direitos humanos, uma vez que, conforme já visto, a soberania nacional, como argumento restritivo ao direito de ir e vir, encontra respaldo nos instrumentos internacional.

No entanto, não se pode dizer que toda política migratória afronta o

²³⁹ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 462.

²⁴⁰ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 466.

²⁴¹ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 466.

princípio da igualdade ou é discriminatória. A existência de restrições de acesso do estrangeiro ao mercado de trabalho, por exemplo, não pode ser considerada uma afronta ao princípio da igualdade, quando esse estrangeiro está ausente, ou não está no país e é considerado hipoteticamente. Já, com relação ao estrangeiro que está no país, e já está no mercado de trabalho, mesmo que na economia informal, não há como estabelecer políticas restritivas aos seus direitos, sem incorrer em discriminação²⁴². Além disso, é importante trazer ao debate também a igualdade de tratamento entre o estrangeiro regular e o irregular, haja vista a expressão “estrangeiros residentes”.

Sob a perspectiva constitucional, o seu preâmbulo diz que a República Federativa do Brasil deve refletir uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Dentre seus fundamentos, destaca-se o da dignidade humana, constante do art. 1º, inciso III. Dentre seus objetivos, o de “[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, constante do art. 3º, inciso IV. Relevante também o art. 4º, inciso II, que prevê que a República Federativa do Brasil, no que diz respeito às relações internacionais, deve ser regida pela prevalência dos direitos humanos.

Trazendo todos esses princípios constitucionais ao contexto do estrangeiro, pode-se dizer que expressões como “todos” e “pessoa humana” visam incluir a todos de fato, sem distinção de nacionalidade. Também, sempre que se trata de excluir algum direito do estrangeiro ou limitá-lo, o legislador constitucional sempre foi expresso, como é o caso de direitos políticos e não-extradição, por exemplo²⁴³. Assim, justificam-se as exceções que devem ser restritas aquelas expressamente previstas.

Em se tratando das relações internacionais que devem ser pautadas pela prevalência de direitos humanos, Lopes²⁴⁴ destaca que, sempre que em confronto com outros interesses, os direitos humanos devem prevalecer. No entanto, a autora esclarece que a questão não é simples. Como já visto, conceitos como de segurança nacional, por exemplo, são de extrema subjetividade e, portanto, de difícil

²⁴² LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 467.

²⁴³ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 468.

²⁴⁴ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 469.

determinação, o que pode culminar com políticas migratórias discriminatórias.

É certo que os direitos humanos são garantidos tanto para nacionais, quanto para estrangeiros, inclusive residentes ilegais e não residentes, conforme o texto constitucional. Assim, voltando-se ao problema apresentado com relação a estrangeiros em situação irregular, deve ser afastada qualquer interpretação discriminatória que negue direitos a essas pessoas ou estabelece tratamento diferenciado. Por tal razão, a necessidade de uma legislação bastante clara que objetiva a tutela de direitos humanos é medida que se impõe.

3.2 O ESTATUTO DO ESTRANGEIRO E DEMAIS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS

Uma vez que a Constituição Federal determina que o direito de ir e vir, no território nacional e para dentro e fora dele, deverá ser regulamentado por lei, importa verificar como se dá a previsão infraconstitucional de admissão de estrangeiros no Brasil.

Antes de tudo, é relevante definir o que se entende por política migratória. Siciliano²⁴⁵ afirma que política migratória compreende o conjunto de ações de governo “[...] para regular a entrada, a permanência e a saída de estrangeiros do território nacional”. Compõem também a política migratória “[...] as ações destinadas a regular a manutenção dos laços entre Estado e os seus nacionais que residam no exterior”. O que se pretende é estudar quais as principais medidas que o governo adota no que diz respeito à entrada e à permanência do estrangeiro no território nacional, bem como quais os seus fundamentos.

As políticas migratórias brasileiras permeiam momentos distintos ao longo da história, sendo alguns mais permissivos, outros mais restritivos.

Na época do Império, por exemplo foram celebrados tratados internacionais com o fim de estipular normas “[...] que traziam algum artigo sobre liberdade de circulação e fixação em território estrangeiro para os respectivos súditos”²⁴⁶. Já na

²⁴⁵ SICILIANO, André Luiz. A política migratória brasileira: limites e desafios. 2013. 59 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Instituto de Relações Internacionais, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2013, p. 9.

²⁴⁶ CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana**: a circulação internacional

República, a Constituição de 1891 tinha caráter liberal, e por conta disso, ao legislador só era possível controlar a entrada de estrangeiros que viessem ao Brasil pela primeira vez²⁴⁷.

Em 1938 pensou-se pela primeira vez em um Estatuto do Estrangeiro. Assim, o Decreto-Lei 392/1938 regulava a expulsão de estrangeiros e o Decreto-Lei 406/1938 dispunha sobre a entrada de estrangeiros no país.

O segundo Estatuto do Estrangeiro brasileiro foi criado “Na tentativa de imprimir à política migratória do Brasil orientação racional e definitiva, que atendesse à dupla finalidade de proteger os interesses do trabalhador nacional e de desenvolver um tipo de imigração que impulsionasse o progresso [...]”²⁴⁸. Cavarzere²⁴⁹ destaca que esse Estatuto possui prioridades de preservar o desenvolvimento da ascendência europeia na composição étnica da população.

Em 1969 foi promulgado o terceiro Estatuto do Estrangeiro brasileiro sob o número Decreto Lei 941/1969. Esse documento era muito mais extenso do que os anteriores e acompanhava o padrão mundial da época de fechamento de fronteiras. Isso se dava ao fato de que os países desenvolvidos já haviam se reestabelecido do pós guerra, e não tinham mais interesse em receber estrangeiros. Assim, o Brasil, acompanhando essa tendência, passou a delinear uma nova política migratória, mais fechada e restrita²⁵⁰.

A partir de 1980, com a entrada em vigor do Estatuto do Estrangeiro, “[...] sepultou a tradição acolhedora do Brasil”. Isso porque a nova lei adotava uma política muito mais restritiva ao admitir apenas a imigração de mão-de-obra qualificada, visando suprir necessidades específicas do mercado de trabalho em uma política pautada pela proteção ao interesse nacional²⁵¹.

de pessoas. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 198.

²⁴⁷ CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana**: a circulação internacional de pessoas. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 201.

²⁴⁸ CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana**: a circulação internacional de pessoas. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 207.

²⁴⁹ CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana**: a circulação internacional de pessoas. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 208.

²⁵⁰ CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana**: a circulação internacional de pessoas. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 217.

²⁵¹ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 597.

Sobre o contexto da época, é importante destacar que o Estatuto do Estrangeiro foi criado em meio à Ditadura Militar. Assim, Reis²⁵² afirma que a lei

[...] se insere na lógica da “segurança nacional” do período ditatorial. A elaboração dessa lei se deu no momento em que o regime militar estava particularmente descontente com a “interferência” de religiosos estrangeiros em assuntos considerados de foro interno e buscava um mecanismo que facilitasse a expulsão de estrangeiros envolvidos em atividades políticas no país.

Na época da proposta da Lei 6815/80, posteriormente alterada pela Lei nº 6.964, de 9 de dezembro de 1981, recebeu duras críticas por seu texto. Cerqueira, Deputado Federal à época pelo partido do PMDB, pronunciou-se como líder do partido em sessão da Câmara dos Deputados, com discurso que, posteriormente, foi publicado e, hoje, serve para entender um pouco mais sobre essa legislação que até hoje vigora.

Cerqueira²⁵³ dizia que o projeto possuía inspiração fascista e xenófoba, demonstrando um “[...] grau de intolerância, de ódio, de obscurantismo e de estupidez que nada tem a ver conosco”. Para ele, o então projeto de lei, que, posteriormente, tornou-se o Estatuto do Estrangeiro, tinha “[...] a ver com o conceito de segurança coletiva das ditaduras do Cone Sul”, que visava proteger os países dos “males da democracia e da liberdade”. Certamente, o então projeto teve sua redação alterada em alguns pontos, mas os grandes pontos de divergência que são a proteção da soberania nacional, segurança nacional e trabalhador nacional ainda continuam em vigor até hoje.

Lopes²⁵⁴ indica que essa tendência seletiva do imigrante ainda é uma tendência bastante atual e mundial. Mesmo passados tantos anos, a situação da migração ainda não mudou completamente. No entanto, hoje essa visão restritiva da migração está “[...] relacionada com a reformulação das relações de produção (que diminuem a oferta de trabalho), aliada à forte mobilidade empresarial (que dificulta as

²⁵² REIS, Rosana Rocha. A política do Brasil para as migrações internacionais. **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, v. 33, n. 1, p. 47-69, 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cint/v33n1/v33n1a03.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2016. p. 59.

²⁵³ CERQUEIRA, Marcello. **Nova lei de estrangeiros ou regimento interno da bastilha?** Rio de Janeiro: PLG Comunicação, 1981. p. 29.

²⁵⁴ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 597.

ações de controle por parte dos Estados)”.

Fato é que, ainda hoje, a Lei 6.815/80, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, regulamenta boa parte da política nacional de migração, juntamente às Resoluções Normativas do Conselho Nacional de Migração, razão pela qual se passa à sua análise.

O Estatuto do Estrangeiro, instituído pela Lei 6.815/80, é o principal diploma a respeito da situação do estrangeiro em território nacional. Ele disciplina e regulamenta o regime jurídico do estrangeiro desde a admissão, saída, documentos, direitos e deveres, extradição e expulsão, naturalização, infrações e penalidades, regras estas que se passa a analisar de forma crítica, em confronto com a norma constitucional e internacional.

A Lei 6.815/80 remonta o período ditatorial no Brasil e, em razão disso, possui peculiaridades próprias da época. É anterior à Constituição Federal de 1988, e, ao contrário do que prevê a Carta Política, preocupada com direitos humanos e dignidade, igualdade e não discriminação, o Estatuto preocupa-se com a soberania nacional e outros interesses. O art. 2º conta com a seguinte redação: “Na aplicação desta Lei atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional”. Percebe-se, dessa forma, a preocupação do Estatuto com a segurança nacional e a defesa do trabalhador nacional.

O art. 1º estabelece: “Em tempo de paz, qualquer estrangeiro poderá, satisfeitas as condições desta Lei, entrar e permanecer no Brasil e dele sair, resguardados os interesses nacionais”. Esse verbete deixa clara a intenção do legislados da época, de sobrepor interesses nacionais em detrimento do direito de ir e vir, uma vez que resguarda os interesses nacionais, sem, no entanto, dizer quais seriam esses interesses.

Do mesmo modo, o art. 3º destaca novamente que: “A concessão do visto, a sua prorrogação ou transformação ficarão sempre condicionadas aos interesses nacionais”. Na época, Cerqueira²⁵⁵ apontou que o direito de entrar e sair do país

²⁵⁵ CERQUEIRA, Marcello. **Nova lei de estrangeiros ou regimento interno da bastilha?** Rio de Janeiro: PLG Comunicação, 1981. p. 23.

estaria submetido aos interesses nacionais, que é uma expressão vaga e só pode ser definida pelo arbítrio. Cerqueira criticava dizendo que, mesmo que o estrangeiro cumprisse todas as burocracias referentes que o Estatuto exigia para o ingresso no território nacional, ainda assim poderia ser privado de entrar ou permanecer em nome dos interesses nacionais ou porque não atendeu à segurança nacional.

Sobre a subjetividade do conceito de interesse nacional, Lopes²⁵⁶ afirma que “[...] conceitos jurídicos indeterminados possuem o mérito de facilitar a aplicação da legislação em casos específicos, bem como de diminuir o nível de detalhamento necessário para sua correta aplicação”. No entanto, a autora alerta que “[...] podem ser utilizados para a deturpação do conteúdo da lei, até o limite de destruir garantias por ela concedidas”.

Nesse sentido, Lopes²⁵⁷ afirma que é preciso *recontextualizar* a expressão “interesse nacional”. Isso porque, conforme já destacado, o Estatuto do Estrangeiro é do período ditatorial, e, hoje, o Brasil já se consolidou com uma democracia há quase 30 anos. O interesse nacional de hoje claramente não é o mesmo interesse nacional que pautava a legislação e as decisões a respeito do ingresso e permanência de estrangeiros em 1980. Além disso, o texto constitucional e todos os seus fundamentos, princípios e objetivos também devem nortear essa interpretação.

Dessa forma, pode-se dizer que o interesse nacional “[...] deve ser interpretado como necessidade de que o estrangeiro satisfaça as condições de permanência estabelecidas em lei”²⁵⁸. Assim, o interesse nacional estaria restrito às condições legais exigidas para ingresso no território nacional. Circunstâncias que possam ferir o direito de ir e vir, previstas no texto constitucional e nos tratados e instrumentos internacionais assinados pelo Brasil, não podem ser admitidas, em especial aquelas para a qual o estrangeiro não concorre. Diante disso, Lopes afirma que “[...] a verdade é que a expressão ‘resguardados os interesses nacionais’ está sobrando no texto do art. 1º, e a expressão ‘interesses nacionais’ do art. 3º deveria

²⁵⁶ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 501.

²⁵⁷ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 502.

²⁵⁸ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 502.

significar ‘atendimento aos requisitos estabelecidos em lei’”²⁵⁹.

Sobre a redação do art. 2º do Estatuto, Lopes²⁶⁰ avalia que o texto é incompleto, uma vez que ele se preocupa com a prevalência dos interesses político-institucionais dos brasileiros, e não inclui “[...] a principal finalidade da lei, que é regular as liberdades de circulação e locomoção no território nacional, além do mecanismo de acesso à cidadania brasileira por parte dos estrangeiros”. O interesse nacional não pode dificultar a incorporação do estrangeiro no país, mas sim auxiliar na sua integração, haja vista os princípios constitucionais norteadores e a necessária prevalência do direito de ir e vir.

Além disso, é importante refletir também a respeito da expressão segurança nacional, que representa outro ponto sensível do Estatuto e das políticas migratórias. Muitos países justificam uma política restritiva com fundamento no argumento de segurança nacional, quando, na verdade, não é crível que “[...] a simples presença do estrangeiro em território nacional possa, por si própria, configurar uma ameaça a essa espécie de interesse”. É evidente que a entrada de estrangeiros no país que poderia constituir uma ameaça à segurança nacional seria “[...] sob a forma de invasão, mais apropriadamente em situações de guerra, para as quais a existência de qualquer lei seria inútil”.²⁶¹

Assim, o argumento de segurança nacional é utilizado, muitas vezes, para conter o aumento pacífico do número de imigrantes, que, por si só, não representa uma ameaça à segurança nacional. Pode gerar na comunidade uma “sensação de escassez de serviços públicos” e, também, “a sensação da perda da homogeneidade cultural e até fenotípica da população”²⁶², o que consiste em um problema de cunho social e não de segurança nacional.

Já o art. 16, parágrafo único do Estatuto, enuncia uma política migratória voltada à “atração de mão-de-obra qualificada”. Esse critério, somado à questão da

²⁵⁹ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 502.

²⁶⁰ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 503.

²⁶¹ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 503.

²⁶² LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 503.

proteção ao trabalhador nacional, contido no art. 2º, tratado anteriormente, pode revelar uma questão contraditória. Isso porque “[...] a atração de mão-de-obra qualificada poderá gerar o efeito de reduzir os salários de mão-de-obra nacional”, em contrariedade ao princípio de proteção do trabalhador nacional²⁶³.

Cerqueira²⁶⁴ critica duramente essa proteção dizendo que

[...] é algo ridículo que numa economia que se consagrou como paraíso das multinacionais, em que a acumulação de capital foi acelerada enormemente pela violência dos baixos salários, venha o Governo proclamar que a proteção do trabalho nacional deva dar-se pela repressão a trabalhadores estrangeiros que, certamente, não fossem refugiados, muitos deles teriam melhor remuneração em seus países de origem.

Para Cerqueira²⁶⁵, a regulamentação proposta nada tinha a ver com a proteção do trabalhador nacional. Ele argumenta que o Brasil não era um país atrativo para trabalhadores estrangeiros, como os EUA e países da Europa. Cerqueira afirma que a restrição imposta pela lei visa restringir o ingresso de refugiados políticos no país provenientes das ditaduras do Cone Sul.

Hoje, não se pode olvidar que a política migratória no Brasil deve visar o combate ao trabalho informal e ter claro que o estrangeiro explorado por esse mercado é vítima da precarização das relações laborais e, portanto, merece ter seus direitos resguardados. Nesse mesmo sentido, é o entendimento de Lopes²⁶⁶ que afirma que a utilização abusiva de mão-de-obra estrangeira deve ser controlada, “[...] de maneira a garantir que o mercado de trabalho brasileiro, seja efetivamente, brasileiro”, ou seja, que o mercado de trabalho esteja sujeito às regras nacionais de proteção ao trabalho e a seguridade social. O que esse entendimento visa combater é a deportação ou expulsão injustificada de um estrangeiro em condição irregular, que, por conta de uma medida como essa, estaria impossibilitado de ter seus direitos trabalhistas e previdenciários garantidos. Além do mais, culminaria com a impunidade do empregador, ao menos com relação ao pagamento desses direitos diretamente ao

²⁶³ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 597.

²⁶⁴ CERQUEIRA, Marcello. **Nova lei de estrangeiros ou regimento interno da bastilha?** Rio de Janeiro: PLG Comunicação, 1981. p. 29.

²⁶⁵ CERQUEIRA, Marcello. **Nova lei de estrangeiros ou regimento interno da bastilha?** Rio de Janeiro: PLG Comunicação, 1981. p. 27.

²⁶⁶ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 602.

trabalhador ilegalmente explorado e injustamente expulso do território nacional.

Sugere-se que o controle do mercado de trabalho informal deve ser preventivo e focar empresas que sabidamente explorem mão-de-obra estrangeira, que, por sua vez, devem demonstrar sua adequação à legislação trabalhista brasileira, sob pena de sofrer punições nas esferas administrativa, cível, trabalhista e penal. Nesse ponto, é importante dar destaque ao Compromisso de Montevideu sobre Migrações e Desenvolvimento²⁶⁷, aprovado na XVI Cúpula Ibero-americana em novembro de 2006, que estabelece consensos de orientação à política de imigração como: i) abordar o tema a partir de uma perspectiva que considere as causas (falta de desenvolvimento, desrespeito a direitos humanos, pobreza, desastres naturais, instabilidade política, busca de melhores condições de vida); ii) considerar também seus efeitos, favorecendo mecanismos para o respeito aos direitos humanos; iii) gerar condições socioeconômicas inclusivas que permitam superar as condições de pobreza, transformando a migração em uma decisão e não em uma necessidade; iv) fortalecer o multilateralismo, ratificando e respeitando normas internacionais sobre migração; v) favorecer a imigração legal, combatendo a migração não-documentada, e a existência de mercados de trabalho informais, assim como o tráfico de pessoas²⁶⁸.

Nesse contexto, Lopes²⁶⁹ repudia a adoção de uma perspectiva de segurança nacional em detrimento do direito de ir e vir e da proteção ao trabalhador nacional sem proteção ao estrangeiro em condição irregular. É importante ressaltar a importância de uma reforma legislativa que aponte outro norte para a questão da migração. Para a autora, é preciso “[...] recuperar o real sentido das disposições sobre estrangeiros no país”, e uma mudança na legislação “[...] é de fundamental importância para a modificação das práticas administrativas que, ao fim e a cabo, são as que consubstanciam a defesa dos ‘interesses nacionais’”.

É absolutamente necessária que uma nova legislação represente uma verdadeira proteção aos direitos humanos, também reconhecida internacionalmente, devendo o Brasil, assim, afirmar suas políticas migratórias com base nos

²⁶⁷ Disponível em: <<http://segib.org/pt-br/documento/compromisso-de-montevideu-sobre-migracoes-e-desenvolvimento-3/>>. Acesso em: 3 dez. 2016.

²⁶⁸ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 603.

²⁶⁹ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 503.

compromissos internacionais, valorizando a tutela de direitos fundamentais.

3.2.1 Concessão de visto e admissão do estrangeiro

Ainda analisando a política migratória brasileira, é importante entender como funciona a concessão de visto para estrangeiros atualmente e a admissão dessas pessoas no território nacional. O visto é definido como sendo “[...] a anotação aposta pela autoridade consular (de representação internacional) no passaporte de estrangeiro com vistas a facilitar sua entrada e permanência no país emissor.²⁷⁰ É em decorrência do visto que o estrangeiro poderá ingressar no país e até residir, pois ele o habilita a receber o Registro Nacional de Estrangeiro, que é o documento de identidade para estrangeiros no Brasil. O Brasil não exige a concessão de uma autorização de residência, além do visto.²⁷¹

Os procedimentos para a obtenção do visto são bem exigentes. A legislação brasileira impõe que devem ser apresentados documentos que demonstrem de maneira segura as condições do estrangeiro solicitante. O visto não corresponde a um direito, mas a uma expectativa de direito²⁷², conforme art. 26 do Estatuto do Estrangeiro:

Art. 26. O visto concedido pela autoridade consular configura mera expectativa de direito, podendo a entrada, a estada ou o registro do estrangeiro ser obstado ocorrendo qualquer dos casos do artigo 7º, ou a inconveniência de sua presença no território nacional, a critério do Ministério da Justiça.

Conforme redação do art. 26, pode-se compreender que a entrada ou saída do estrangeiro pode ser obstada diante da inconveniência da sua presença no território nacional, ou na identificação de algum caso previsto no art. 7º do mesmo diploma. O referido artigo dispõe que não se concederá visto ao estrangeiro que for menor de 18 (dezoito) anos, desacompanhado do responsável legal ou sem a sua autorização expressa; que seja considerado nocivo à ordem pública ou aos interesses

²⁷⁰ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 506.

²⁷¹ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 506.

²⁷² LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 541.

nacionais; que tenha sido anteriormente expulso do País, salvo se a expulsão tiver sido revogada; que tenha sido condenado ou processado em outro país por crime doloso, passível de extradição segundo a lei brasileira; ou que não satisfaça às condições de saúde estabelecidas pelo Ministério da Saúde.

Novamente, é preciso enfatizar que motivos como “nocivo à ordem pública” ou “interesses nacionais” e “presença inconveniente” são critérios demasiadamente subjetivos que levam necessariamente à discricionariedade administrativa na análise da concessão dos vistos. Essa discricionariedade precisa ser limitada com o objetivo de evitar possíveis arbitrariedades acobertadas pelo permitido juízo de conveniência na concessão do visto que violem o direito de ir e vir²⁷³.

O Estatuto prevê no art. 4º os seguintes tipos de visto que serão concedidos ao estrangeiro que pretenda entrar no território nacional: a) de trânsito; b) de turista; c) temporário; d) permanente; e) de cortesia; f) oficial; e g) diplomático.

O visto de trânsito, assim como de turista, oficial, diplomático e de cortesia não influenciam as migrações no Brasil. Lopes²⁷⁴ explica que os vistos temporário e permanente, especialmente relacionados a questões que envolvem o exercício de atividades profissionais, são os que “[...] chamam a atenção das autoridades comprometidas com a definição da política nacional de imigração brasileira”, razão pela qual se passa a uma análise mais detalhada dessas duas modalidades de visto.

As modalidades de visto temporário foram diversificando-se em razão da atuação do Conselho Nacional de Imigração, órgão administrativo, vinculado ao Ministério do Trabalho, que possui atribuição de estabelecer exigências para a concessão de vistos temporários ou permanentes.

O CNIg foi criado pelo Estatuto do Estrangeiro e vem regulamentando a política imigratória no Brasil por meio de Resoluções Normativas²⁷⁵. Possui estrutura

²⁷³ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 542.

²⁷⁴ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 509.

²⁷⁵ Lei 10.683/2003 - Art. 29. Integram a estrutura básica: XXI - do Ministério do Trabalho, o Conselho Nacional do Trabalho, o Conselho Nacional de Imigração, o Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, o Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador, o Conselho Nacional de Economia Solidária e até três Secretarias. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.683.htm>. Acesso em: 19 nov. 2016.

colegiada, conforme estabelece o art. 1º do Decreto 662, de 1992, presidido pelo Ministério do Trabalho e da Administração, e composto por representantes do Ministério da Justiça, do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, do Ministério da Saúde, do Ministério da Agricultura e Reforma Agrária, da Secretaria da Ciência e Tecnologia da Presidência da República. Tem suas atribuições definidas pelo art. 1º do Decreto 662, de 1992, sendo as de maior relevância:

- I - formular a política de imigração;
- II - coordenar e orientar as atividades de imigração;
- III - efetuar o levantamento periódico das necessidades de mão-de-obra estrangeira qualificada, para admissão em caráter permanente ou temporário;
- [...]
- VI - estabelecer normas de seleção de imigrantes, visando proporcionar mão-de-obra especializada aos vários setores da economia nacional e captar recursos para setores específicos;
- VII - dirimir as dúvidas e solucionar os casos omissos, no que diz respeito a imigrantes;
- VIII - opinar sobre alteração da legislação relativa à imigração, quando proposta por qualquer órgão do Poder Executivo;
- [...].

A respeito das atribuições do CNlg, é importante destacar que, em nenhum momento, o legislador preocupou-se com a tutela de direitos do estrangeiro, mas apenas em realizar a política de imigração selecionando mão de obra especializada. No entanto, a atuação do CNlg merece destaque, uma vez que sua atividade legislativa vem atualizando as regras em matéria de estrangeiros e corrigindo várias lacunas, impropriedades e incompatibilidades da atual lei com a Constituição Federal²⁷⁶.

No exercício de suas atribuições, o CNlg já editou dezenas de Resoluções Administrativas que estabelecem critérios para a admissão de estrangeiros no Brasil, como estudantes, cientistas, professores, profissionais contratados pelo Governo, turistas em viagem cultural, etc., consubstanciando o conjunto dessas resoluções a concretização da política nacional de migrações, uma vez que o Estatuto do

²⁷⁶ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 563.

Estrangeiros estabelece apenas suas regras gerais²⁷⁷.

Assim, os vistos temporários subdividem-se nos seguintes tipos: a) para viagem cultural ou em missão de estudos; b) para viagens de negócios e em caráter excepcional, em casos de ações, filmagens e para tripulante desprovido de carteira internacional correspondente; c) na condição de artista e desportista; d) na condição de estudante ou bolsista de instituição de ensino brasileira, inclusive as de formação religiosa; e) na condição de profissional sob regime de contrato de trabalho, voluntário em assistência social e religioso leigo, assistência técnica, treinamento profissional, residência médica e estágio cultural; f) na condição de correspondente de meios de comunicação estrangeiros e g) na condição de ministro de confissão religiosa ou membro de instituto de vida consagrada e de congregação ou ordem religiosa, de viagem ao Brasil como missionários.

Com relação ao visto permanente, a regra legal prevê que ele será concedido ao estrangeiro que se pretenda fixar definitivamente no Brasil. Essa regra é muito abrangente, uma vez que não detalha quais os requisitos necessários para a fixação permanente no território nacional. O legislador deixou a cargo do CNlg o estabelecimento de regras e exigências para a concessão do visto permanente. O parágrafo único do art. 16 do Estatuto do Estrangeiro define que a imigração deve visar a Política Nacional de Desenvolvimento e objetivar mão-de-obra especializada, aumento da produtividade, assimilação de tecnologia e captação de recursos.

O CNlg estabeleceu as seguintes modalidades para o visto permanente: a) investidor ou administrador em zona de produção externa; b) investidores em geral; c) executivo de empresa estrangeira; d) executivo de instituição bancária; e) administrador ou representante de ONG estrangeira sem remuneração; f) administrador ou representante de ONG estrangeira com remuneração; g) professor ou pesquisador de alto nível e h) aposentados.

Questão relevante surge a respeito dos vistos permanentes com relação à necessidade de confirmação da concessão após cinco anos, confirmação esta que está condicionada ao exercício de atividade certa e à fixação em região determinada

²⁷⁷ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 563.

do território nacional, conforme estabelece o art. 18 do Estatuto. Essa exigência pode acontecer com relação às hipóteses de visto permanente contidas nas alíneas “a” e “g”.

Lopes²⁷⁸ explica, porém, que o art. 14 da Convenção 143 da OIT determina que os Estados podem restringir a mobilidade geográfica e a livre escolha de emprego por um prazo máximo de dois anos. No mesmo sentido, são os arts. 49 a 51 da Convenção sobre Trabalhadores Migrantes da ONU, os quais propõem a não-cassação da autorização de residência quando ocorrer a perda do emprego e garantem o direito de buscar novo emprego, sem ter de sair do país.

Assim, as regras contidas no Estatuto e regulamentadas pelo CNlg não atendem aos postulados internacionais sobre o tema. Além disso, a necessidade de confirmação do visto permanente certamente põe em xeque seu caráter permanente. Ora, se o visto precisa ser confirmado após cinco anos, trata-se de visto temporário até a confirmação.²⁷⁹

Por sua vez, o visto humanitário faz parte da política migratória brasileira. No entanto, não encontra previsão no Estatuto do Estrangeiro, nem tampouco enquadra-se nos pedidos de refúgio. Trata-se de visto permanente, previsto no art. 16 da Lei nº 6.815/80, regulamentado pela Resolução Normativa 97 do CNlg, com fundamento na competência do órgão para solucionar casos omissos. É uma das mais relevantes regulamentações do CNlg atualmente e merece mais detalhamento.

Datada de janeiro de 2012, dispõe sobre a concessão de mais uma modalidade de visto permanente especialmente concedido a nacionais do Haiti. É, portanto, um documento específico para atender haitianos e regulamentar a entrada no Brasil. Conforme dito, as relações entre Brasil e o Haiti ganharam proximidade a partir da participação brasileira na MINUSTAH, em 2004. Em 2010, o terremoto que vitimou mais de 100 mil pessoas, gerando incontáveis prejuízos, demandou a intensificação da cooperação brasileira. Em função disso, o Brasil passou a adotar uma política migratória especial de caráter humanitário para nacionais do Haiti que

²⁷⁸ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 524.

²⁷⁹ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 525.

solicitam refúgio.

Pela Resolução 97, considera-se caráter humanitário “[...] aquelas resultantes do agravamento das condições de vida da população haitiana em decorrência do terremoto ocorrido naquele país em 12 de janeiro de 2010”²⁸⁰. Esse visto permite a permanência no Brasil:

Art. 1º Ao nacional do Haiti poderá ser concedido o visto permanente previsto no art. 16 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, por razões humanitárias, condicionado ao prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 18 da mesma Lei, circunstância que constará da Cédula de Identidade do Estrangeiro.

O art. 1º evidencia que a permanência dos haitianos no território nacional é de apenas 5 anos, o que causa insegurança jurídica a essas pessoas que visam se estabelecer no país. No entanto, o art. 3º determina que, antes do término desse prazo, o nacional do Haiti poderá requerer sua permanência no Brasil e a expedição de nova Cédula de Identidade de Estrangeiro. Sua permanência está, contudo, condicionada à comprovação de situação laboral.

A princípio, a resolução permitia a concessão de até 1.200 (mil e duzentos) vistos por ano, correspondendo a uma média de 100 (cem) concessões por mês, sem prejuízo das demais modalidades de vistos previstas nas disposições legais do País. No entanto, em 2013, o CNlg eliminou o limite de mil e duzentos vistos permanentes anuais, também por razões humanitárias, conforme Resolução 102/2013. Além disso, a mesma Resolução alterou a concessão de vistos exclusivamente pela Embaixada do Brasil em Porto Príncipe, passando a possibilitar a concessão também pelo Ministério das Relações Exteriores.

A Resolução 97/2012 tinha vigência por apenas 2 anos. Perdurando a situação precária em que se encontra o Haiti, o CNlg vem prorrogando esse prazo por meio das Resoluções nº 106/2013, nº 113/2014, nº 117/2015 e, por fim, a quarta prorrogação, a Resolução Normativa nº 123/2016, que estendeu o prazo até a data de 30 de outubro de 2017.

Em 2015, os ministérios do Trabalho e Previdência Social e da Justiça autorizaram 43.781 imigrantes haitianos em situação irregular a tirar o visto de

²⁸⁰ Art. 1º parágrafo único da Resolução 97/2012 do CNlg.

residência permanente no País.²⁸¹ De acordo com o CNlg, existem, no Brasil, cerca de 80 mil imigrantes haitianos que foram formalizados com a concessão de visto humanitário ou estão em processo de residência permanente²⁸².

Importante dizer que o visto humanitário permite que os haitianos “[...] usufruam dos mesmos direitos de um cidadão que vive no Brasil, como, por exemplo, o direito à carteira de trabalho, que por sua vez é um instrumento garantidor da dignidade no que tange à proteção do trabalhador”²⁸³. Assim, a concessão do visto humanitário é um grande exemplo de como o CNlg vem atuando de forma decisiva a atualizar a política migratória no Brasil de modo a atender os preceitos internacionais de proteção aos direitos humanos e constitucionais.

3.2.2 Estatuto do refugiado

O Brasil assumiu o papel de precursor na proteção dos direitos dos refugiados, uma vez que foi o primeiro país do Cone Sul a ratificar a Convenção relativa ao Estatuto do Refugiado de 1951. A ratificação deu-se no ano de 1960. Além disso, foi um dos primeiros países a fazer parte do Comitê Executivo do ACNUR, inclusão que se deu em 1958. Participou ativamente da Declaração Universal dos Direitos do Homem e ainda assinou, ratificou e promulgou os principais documentos internacionais relativos aos refugiados, que são o Estatuto do Refugiado de 1951 e o Protocolo de Nova York de 1967. Assim, pode-se dizer que o Brasil adotou, no âmbito interno, a regulamentação internacional de forma plena.²⁸⁴

No entanto, apesar de ter adotado plenamente a norma internacional sobre

²⁸¹ PORTAL BRASIL. **Brasil autoriza residência permanente a 43,8 mil haitianos**. 2015. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/11/brasil-autoriza-visto-de-residencia-permanente-para-43-8-mil-haitianos>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

²⁸² PORTAL BRASIL. **Governo prorroga visto humanitário para haitianos**. 2016. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/09/governo-prorroga-visto-humanitario-para-haitianos>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

²⁸³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FERREIRA, Priscila Andreoti. A proteção dos refugiados no Brasil e o procedimento para concessão de refúgio. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; GODOY, Gabriel Gualano de. (Coords.) **Migrações: Políticas e direitos humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha**. Curitiba: Juruá, 2015.

²⁸⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FERREIRA, Priscila Andreoti. A proteção dos refugiados no Brasil e o procedimento para concessão de refúgio. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; GODOY, Gabriel Gualano de. (Coords.) **Migrações: Políticas e direitos humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 173.

o tema, nas décadas de 1970 e 1980, o Brasil ainda adotava o conceito restrito de refugiado consistente da primeira versão da Convenção de Genebra. Como já destacado no capítulo segundo, a princípio a Convenção de Genebra reconhecia o *status* de refugiado apenas a pessoas com nacionalidade europeia, conhecido como reserva geográfica. Em razão disso, o Brasil não recebia refugiados vindos da África ou até mesmo da América Latina. Assim, por aproximadamente duas décadas, “[...] não houve manifestação de uma efetiva política de acolhida a refugiados no território nacional”²⁸⁵.

O panorama começou a mudar com o marco da Constituição Federal de 1988. Em 1989, foi editado o Decreto 98.602 que remove a limitação geográfica, criando possibilidade do recebimento de refugiados de outras partes do mundo, que não só a Europa.²⁸⁶ É certo que a principal base legal de proteção ao refugiado no território nacional é a Constituição Federal de 1988. Jubilut²⁸⁷ destaca que, com base nos princípios relativos à comunidade Internacional e da dignidade da pessoa humana, “[...] pode-se afirmar que os alicerces da concessão do refúgio, vertente dos direitos humanos e espécie do direito de asilo, são expressamente assegurados pela *Constituição Federal* de 1988”. Assim, a autora afirma que “[...] a *Constituição Federal* de 1988 estabelece, ainda que indiretamente, os fundamentos legais para a aplicação do instituto do refúgio pelo ordenamento jurídico brasileiro”.

Dados apontam que, entre 1992 e 1994, o Brasil recebeu 1.200 angolanos como refugiados por conta de violência generalizada, adotando, assim, o conceito previsto na Declaração de Cartagena de 1984, já apresentado no capítulo 2. Em 1997, o Brasil promulgou da Lei 9.474/97 que constitui o Estatuto do Refugiado no Brasil. Influenciada pela Convenção de Genebra de 1951, constitui um marco na legislação

²⁸⁵ JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito Internacional dos refugiados: e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/O_Direito_Internacional_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 2 out. 2016. p. 171.

²⁸⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FERREIRA, Priscila Andreoti. A proteção dos refugiados no Brasil e o procedimento para concessão de refúgio. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; GODOY, Gabriel Gualano de. (Coords.) **Migrações: Políticas e direitos humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 174.

²⁸⁷ JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito Internacional dos refugiados: e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/O_Direito_Internacional_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 2 out. 2016. p. 180.

brasileira sobre o tema.²⁸⁸

Jubilut²⁸⁹ destaca que, a partir de 1997, o país consolidou-se “[...] como um Estado acolhedor de refugiados. A autora informa que “[...] atualmente é o segundo maior receptor de refugiados da América Latina, estando atrás somente do México, e um dos únicos que é um país de reassentamento. Por conta disso, o Brasil passou “[...] a integrar formalmente o grupo de Estados que não apenas se preocupam, mas efetivam o Direito Internacional dos Direitos Humanos, pelo menos no que tange ao Direito Internacional dos Refugiados”.

O art. 1º da Lei 9.474/97²⁹⁰ dispõe que será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

- I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
- II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
- III - devido à grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Ao analisar esse artigo, nota-se que o Brasil adotou um conceito amplo sobre o refugiado, possibilitando, assim, que mais pessoas possam se favorecer da legislação. Atenta-se, porém, a uma ressalva também já feita neste trabalho, que diz respeito à subjetividade do conceito de grave e generalizada violação de direitos humanos. Da mesma forma inclusiva, o Brasil previu, também no Estatuto do Refugiado, o acolhimento aos apátridas, ou aqueles que não têm nacionalidade e estão fora do país de sua residência habitual.

²⁸⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FERREIRA, Priscila Andreoti. A proteção dos refugiados no Brasil e o procedimento para concessão de refúgio. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; GODOY, Gabriel Gualano de. (Coords.) **Migrações: Políticas e direitos humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 174.

²⁸⁹ JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito Internacional dos refugiados: e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/O_Direito_Internacional_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 2 out. 2016. p. 176.

²⁹⁰ BRASIL. Lei Nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do estatuto dos refugiados de 1951, e determina outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 julho 1997, p. 15822.

Merece destaque também que é garantido ao refugiado que se encontrar dentro das exigências da Lei 9.474/97, o direito de ir e vir. Terá direito a documento de identificação, carteira de trabalho e documento de viagem. Esses direitos estendem-se aos familiares do refugiado, conforme previsão no art. 2º da Lei: Os efeitos da condição dos refugiados serão extensivos ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que do refugiado dependerem economicamente, desde que se encontrem em território nacional. Além disso, a Lei 9.474/97 é inovadora, visto que determina um procedimento claro para o reconhecimento do *status* de refugiado, e cria, inclusive, um órgão administrativo competente para tratar do tema, o Comitê Nacional para Refugiados – CONARE.²⁹¹

Apesar de todos os aspectos positivos da legislação e da política com relação aos refugiados praticada pelo Brasil, alguns aspectos negativos merecem ser relacionados. Os direitos econômicos, sociais e culturais dos refugiados não estão expressos na lei, havendo somente referência aos direitos assegurados pela *Convenção de 51* e ao fato de os refugiados terem os mesmos direitos dos estrangeiros no Brasil. Jubilut²⁹² explica que

[...] caso haja reforma nos diplomas legais internacionais, da qual resulte a perda de validade da Convenção de 51, e não havendo previsão expressa desses direitos em nossa lei interna, os refugiados ficariam, durante o lapso de tempo necessário para a recepção da nova normativa internacional, sem a proteção complementar que é tão essencial para a reconstrução de suas vidas quanto a proteção primária que lhes assegura sua vida, liberdade e segurança.

De todo modo, a lei nacional pode ser vista como uma evolução do sistema internacional de proteção aos refugiados, uma vez que inovou ao estabelecer procedimentos claros e sistematizados, “[...] por meio da criação do CONARE, de análise de solicitações de refúgio, que combina as necessidades do governo e dos refugiados e expandindo as hipóteses de concessão de refúgio”²⁹³.

²⁹¹ JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito Internacional dos refugiados:** e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/O_Direito_Internacional_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 2 out. 2016. p. 190.

²⁹² JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito Internacional dos refugiados:** e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/O_Direito_Internacional_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 2 out. 2016. p. 195.

²⁹³ JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito Internacional dos refugiados:** e sua aplicação no ordenamento

3.3 PROJETO LEI DE MIGRAÇÕES Nº 2.516/2015 E SUAS INOVAÇÕES

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei (PL) 2.516/2015, apresentado formalmente em 4 de agosto de 2015, após a criação de uma comissão de especialistas instituída pelo Ministério da Justiça por meio da Portaria nº 2.162/2013. Durante o período de atuação da comissão²⁹⁴, foram realizadas diversas reuniões com participação de representantes do governo como CNlg, Defensoria Pública da União, Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério das Relações Exteriores, Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Além disso, foram promovidas duas audiências públicas com a participação de entidades sociais e de cidadania envolvidas com a questão da migração no Brasil.

O Projeto pretende instituir uma nova lei de migrações em substituição ao Estatuto do Estrangeiro. De autoria do senador Aloysio Nunes (PSDB-SP), foi aprovado na Câmara dos Deputados no dia 6 de dezembro de 2016. Agora o texto volta agora à confirmação pelo plenário do Senado, onde tramita em regime de urgência.

No processo de aprovação na Câmara, também foram ouvidas diversas entidades que trabalham com imigrantes como Conectas, Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (Ibase), Anistia Internacional e Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), dentre outros, bem como procuradores, defensores públicos, professores e pesquisadores da área. Também foram convidados representantes de órgãos do Governo Federal como o Ministro da Justiça, o Ministro do Trabalho, o Ministro da Ciência e Tecnologia, o Ministro do Estado da Defesa, o Ministro das Relações Exteriores, além do Conselho Nacional da Imigração e

jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/O_Direito_Internacional_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 2 out. 2016. p. 195.

²⁹⁴ COMISSÃO DE ESPECIALISTAS. **Anteprojeto de Lei de migrações e promoção dos direitos dos migrantes no Brasil.** 2014. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/documentos/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

embaixadores. Além disso, participaram do debate um juiz da Corte Internacional de Justiça da ONU e um representante do ACNUR. Foram rejeitadas as 3 Emendas de Plenário. Em 13 de dezembro de 2016, foi encaminhado ao Senado.

O projeto de lei, se aprovado, representará um avanço com relação ao tema no país, haja vista que, conforme já colocado, o Estatuto do Estrangeiro ainda em vigor necessita de reformulação ante seus conceitos extremamente subjetivos e que colocam acima dos direitos humanos questões de soberania nacional, interesse e segurança nacional.

Para dar início ao estudo do PL, o art. 1º identifica o migrante, o imigrante, o emigrante, o residente fronteiriço e o apátrida:

- I – migrante: pessoa que se desloca de país ou região geográfica ao território de outro país ou região geográfica, incluindo o imigrante, o emigrante, o residente fronteiriço e o apátrida;
- II – imigrante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil;
- III – emigrante: brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior;
- IV – residente fronteiriço: pessoa nacional de outro país ou apátrida que conserva sua residência habitual em município fronteiriço de país vizinho;
- V – visitante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que vem ao Brasil para estadas de curta duração, sem pretensão de se estabelecer temporária ou definitivamente em território nacional;
- VI – apátrida: pessoa não considerada por qualquer Estado, conforme sua legislação, como seu nacional, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002.

Esses conceitos são certamente inovadores, pois ainda não estavam presentes na legislação nacional. O PL, além de tratar sobre o imigrante brasileiro, trata também sobre o emigrante.

O art. 3º estabelece princípios aplicáveis à migração. Dentre os que merecem destaque são: universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; não criminalização da imigração; diálogo social na formulação, na execução e na avaliação de políticas migratórias e promoção da participação cidadã do migrante; observância ao disposto em convenções, tratados e acordos

internacionais; repúdio a práticas de expulsão ou de deportação coletivas. Esses princípios e garantias previstos expressamente no PL estão em total consonância com as diretrizes de proteção internacional de direitos humanos e direitos dos migrantes e servem para nortear políticas públicas e decisões judiciais em favor da proteção dos direitos humanos dos migrantes.

Já o art. 4º garante, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como outros direitos, em especial destaque: direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos; direito à liberdade de circulação em território nacional; direito à reunião familiar do imigrante com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes; direito de transferir recursos decorrentes de sua renda a outro país; acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social; amplo acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; direito à educação pública, vedada a discriminação em razão da nacionalidade; garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador.

O direito de reunião para fins pacíficos e o direito de associação, inclusive sindical, também previstos no art. 4º do PL, deve ser destacado por garantir aos imigrantes o direito à participação em protestos e sindicatos, o que é hoje vedado pelo Estatuto do Estrangeiro. Merece destaque também o § 1º do art. 4 que dispõe que os direitos e as garantias previstos na Lei serão exercidos em observância à Constituição Federal, independentemente da situação migratória, ou seja, sendo legal ou ilegal o imigrante, bem como enquanto aguarda regularização. Além disso, o verbete afirma que não se excluem outros direitos e garantias não previstas expressamente na lei, mas decorrentes de convenções, tratados e acordos internacionais de que o Brasil seja parte.

O §2º do art. 4º prevê que: “Ao imigrante é permitido exercer cargo, emprego e função pública, conforme definido em edital, excetuados aqueles reservados para brasileiro nato, nos termos da Constituição Federal”. Essa determinação acompanha a evolução normativa da Constituição Federal. O PL também prevê a possibilidade de concessão de residência, direito que não encontra

correspondente no atual Estatuto do Estrangeiro. O direito de residência poderá ser exercido independentemente da situação migratória, conforme artigo 26, parágrafo 4º. Além disso, existe previsão expressa de reunião familiar, como já visto no art. 4º. Ocorre que o art. 33, que trata especialmente do tema, estabelece que a reunião pode se dar com companheiro, sem distinção de gênero e orientação sexual e sem qualquer ressalva atinente à comprovação de dependência econômica, o que representa grande avanço se comparado à legislação atual.

Outro importante avanço diz respeito ao direito de regularização do imigrante em situação irregular ou ilegal. Como já visto ao longo deste trabalho, trata-se da categoria de imigrante que mais necessita de proteção, pois representa vulnerabilidade. O art. 48 do PL prevê a possibilidade de notificação do migrante sem documento para regularizar sua situação no prazo de 60 dias. Enquanto isso, atualmente, o migrante indocumentado, que tem direito de se regularizar, é autuado e notificado a deixar o país em oito dias, sob pena de deportação, sem a oportunidade de regularizar sua situação, nos moldes já tratados²⁹⁵.

O art. 53 que prevê as hipóteses de expulsão também merece comentários, uma vez que limitou a possibilidade desse tipo de punição. Quando a pessoa tiver mais de 70 (setenta) anos e residir no País há mais de 10 (dez) anos, não haverá expulsão. Também quando a pessoa tiver ingressado no Brasil até os 12 (doze) anos de idade, residindo desde então no País. Além disso, quando o expulsando tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela ou tiver cônjuge ou companheiro residente no Brasil, sem distinção de gênero ou de orientação sexual, reconhecido judicial ou legalmente.

O §4º do art. 52 do PL prevê, também, prazo determinado para os efeitos da pena administrativa de expulsão, que, atualmente, possui caráter perpétuo. Assim, a determinação do prazo de vigência da medida de impedimento vinculada aos efeitos da expulsão observará a proporcionalidade em relação ao prazo total da pena cominada e nunca será superior ao dobro de seu tempo. No mesmo sentido, é a

²⁹⁵ CONJUR. **Nova Lei de Migração traz avanços aos direitos humanos, mas pode ser aprimorada.** 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/fabiana-severo-lei-migracao-ainda-aprimorada>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

previsão de que “[...]a expulsão não impedirá o gozo de benefícios na execução criminal”, beneficiando o estrangeiro com o direito à progressão de regime e à concessão de livramento condicional para estrangeiros²⁹⁶.

O visto temporário para acolhida humanitária foi ampliado pelo PL e poderá ser, conforme §3º do art. 14,

[...] concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação, reconhecida pelo Governo brasileiro, de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento.

Severo²⁹⁷ aponta, entretanto, que alguns pontos sensíveis do PL merecem ser comentados, uma vez que podem representar desafios “[...] na consecução de uma política migratória efetivamente protetiva e humanista”. Na verdade, trata-se de omissões legislativas, de situações importantes para a política migratória, que acabaram por não ser abordadas nesse novo texto legislativo.

O PL não contempla, por exemplo, a previsão legal do visto temporário para estrangeiros que respondem processo criminal no Brasil em liberdade ou que cumprem pena criminal em liberdade. Severo²⁹⁸ enfatiza que

[...] sendo do interesse do Estado brasileiro que esses estrangeiros permaneçam no país para o cumprimento da pena, é preciso que tal permanência seja válida, possibilitando que, nesse ínterim, eles trabalhem formalmente e que não permaneçam relegados à marginalidade, o que é causa dos mais variados problemas sociais.

Hoje a permanência no território nacional dessas pessoas é regulamentada pela Resolução Normativa CNI 110/2014 e Portaria SNJ 6/2015.

O texto legal também é confuso no que diz respeito à necessária previsão legal para isenção de taxas. Severo destaca que “[...] não há previsão de isenção de

²⁹⁶ CONJUR. **Nova Lei de Migração traz avanços aos direitos humanos, mas pode ser aprimorada**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/fabiana-severo-lei-migracao-ainda-aprimorada>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

²⁹⁷ CONJUR. **Nova Lei de Migração traz avanços aos direitos humanos, mas pode ser aprimorada**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/fabiana-severo-lei-migracao-ainda-aprimorada>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

²⁹⁸ CONJUR. **Nova Lei de Migração traz avanços aos direitos humanos, mas pode ser aprimorada**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/fabiana-severo-lei-migracao-ainda-aprimorada>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

taxas para regularização migratória de determinados grupos vulneráveis, como é o caso de refugiados, vítimas de tráfico de pessoas, vítimas de trabalho escravo e estrangeiros em cumprimento de pena criminal ou que respondem processo criminal em liberdade”. O artigo 4º, inciso XII, do Projeto de lei, prevê a isenção de taxas mediante declaração de hipossuficiência, conforme o regulamento que deverá definir outras hipóteses de isenções. No entanto, o artigo 27 prevê cobrança de taxas para residência, sem qualquer ressalva.

Além disso, Severo²⁹⁹ destaca a desproporcionalidade de cobrança de taxas para tais grupos vulneráveis quando em comparação à isenção de emolumentos, prevista no artigo 113, parágrafo 3º, para vistos diplomático, oficial e, até mesmo, de cortesia (aquele concedido de acordo com a conveniência política, podendo alcançar celebridades e autoridades e, também, companheiros, dependentes e serviços de detentores de visto diplomático). Na avaliação da autora, da forma como o texto foi redigido, “[...] a regra será, portanto, a cobrança de taxas”.

Outra questão relevante no tocante à omissão do PL é a descriminalização da conduta de reingresso de estrangeiro expulso, que, conforme já explicado, é tipificada pelo artigo 338 do Código Penal. Na avaliação de Serevo³⁰⁰, “[...] o projeto de lei poderia avançar ainda mais, transformando essa conduta em infração administrativa sujeita a multa e repatriação ou deportação (com inclusão de mais um inciso no artigo 109), e revogação expressa do tipo penal”. Essa seria a medida mais acertada, haja vista o corrente entendimento de descriminalização das condutas relacionadas à migração.

Além disso, o PL continua por relacionar a autoridade migratória à autoridade policial, enquanto deveria ser uma autoridade cível a cuidar dessas questões. A previsão ainda presente revela “[...] resquícios de uma abordagem

²⁹⁹ CONJUR. **Nova Lei de Migração traz avanços aos direitos humanos, mas pode ser aprimorada.** 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/fabiana-severo-lei-migracao-ainda-aprimorada>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

³⁰⁰ CONJUR. **Nova Lei de Migração traz avanços aos direitos humanos, mas pode ser aprimorada.** 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/fabiana-severo-lei-migracao-ainda-aprimorada>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

criminal das questões migratórias em detrimento da primazia da proteção de direitos humanos”³⁰¹.

Com relação à questão da prisão nos casos de expulsão e deportação, o artigo 51 permite, tacitamente, a manutenção dessa prática de prisão civil. O Estatuto do Estrangeiro permite esse tipo de prisão pelo prazo de até 60 dias para deportação e de 90 dias para expulsão, com base nos artigos 61 e 73, parágrafo único, da Lei 8.615/1980, respectivamente. Severo³⁰² analisa que, diante da possibilidade do art. 51, que não delimita a questão temporal do cárcere, perde-se uma grande oportunidade de “[...] extinguir essa prática inconstitucional e contrária às diretrizes internacionais de prisão de natureza cível”. Existe, dessa forma, um verdadeiro retrocesso com relação à lei atual, que ao menos prevê um prazo máximo para tais prisões.

Outro ponto que representa retrocesso, se comparado à Lei 8.615/80, é o fato de que o PL não prevê a possibilidade de interposição de recurso administrativo em face da decisão que decreta a expulsão. O atual Estatuto do Estrangeiro, em seu artigo 72, prevê a possibilidade de pedido de reconsideração da decisão. Severo³⁰³ avalia que “[...] a supressão de tal possibilidade, além de ser um retrocesso em relação ao atual Estatuto do Estrangeiro, aumenta a necessidade de judicialização de demandas”.

A Associação Brasileira de Antropologia desenvolveu uma análise crítica a respeito do PL 2.516/2015, por meio do seu Comitê de Migrações e deslocamentos³⁰⁴. O relatório desenvolvido aponta que o texto ainda apresenta contradições uma vez que “[...] seu texto final é problemático, apontando para um tratamento aos imigrantes ainda baseado no medo, na aversão à diferença e na permissividade à precarização

³⁰¹ CONJUR. **Nova Lei de Migração traz avanços aos direitos humanos, mas pode ser aprimorada**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/fabiana-severo-lei-migracao-ainda-aprimorada>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

³⁰² CONJUR. **Nova Lei de Migração traz avanços aos direitos humanos, mas pode ser aprimorada**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/fabiana-severo-lei-migracao-ainda-aprimorada>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

³⁰³ CONJUR. **Nova Lei de Migração traz avanços aos direitos humanos, mas pode ser aprimorada**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/fabiana-severo-lei-migracao-ainda-aprimorada>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

³⁰⁴ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA. Comitê Migrações e Deslocamentos da Associação Brasileira de Antropologia. Análise crítica sobre o PL 2516/2015. [201-]. Disponível em: <http://jornalggm.com.br/sites/default/files/documentos/analise_critica_do_pl2516_comite_migracoes_e_deslocamentos_da_aba1_co_pia_1.pdf>. Acesso em 10 jan. 2017.

do trabalho”. A Associação também faz críticas à questão da deportação e da expulsão ao afirmar que: “A manutenção da deportação e da expulsão como figuras legais tem como efeito a ‘criminalização da migração’”. A existência dessas categorias (mesmo quando não aplicadas) repercute diretamente na vida cotidiana dos migrantes devido ao seu alcance em termos de “expulsabilidade” e “deportabilidade”. Uma das sugestões da Associação Brasileira de Antropologia foi pela retirada do §5º do art. 4º do PL, que dava tratamento diferenciado a imigrantes com e sem registro. Verifica-se que o texto final já não conta com o §5º, que foi retirado³⁰⁵.

Além disso, outro problema apontado inicialmente pela Associação foi a extinção do CNIg, que, na redação final, foi mantido como “[...] órgão responsável pela regulação e coordenação das políticas públicas relacionadas à imigração laboral”, conforme art. 117. Ademais, o PL também concedeu papel de maior destaque e liberdade ao Poder Executivo que poderá, por força do art. 9º, regulamentar os requisitos para concessão de visto, o que também merece críticas.

Diante de alguns pontos do PL ora apresentados, pode-se concluir que o Brasil está avançando na discussão com relação às migrações e aprimorando suas políticas por meio de leis mais preocupadas com a tutela de direitos humanos e medidas que visem essa garantia. No entanto, existe a pungente necessidade de que o Brasil assuma uma política migratória coerente e humanista³⁰⁶. Muito embora o processo legislativo do PL já esteja bastante avançado, é preciso ponderar que o texto ainda pode ser aprimorado “[...] a partir do debate democrático no Poder Legislativo, evitando contradições e até mesmo alguns pontos de retrocesso”³⁰⁷.

A migração permanece, portanto, em debate no Brasil, uma vez que o fluxo populacional estrangeiro continua chegando, e o país ainda não possui normas

³⁰⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Redação final do substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 2.516-b de 2015 do Senado Federal**. 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7B4A9DE66FF005BD79633B4C0B02C827.proposicoesWebExterno2?codteor=1516507&filename=REDACAO+FINAL++PL+2516/2015>. Acesso em: 10 jan. 2017.

³⁰⁶ Humanismo é um conceito filosófico para designar qualquer movimento que tome como fundamento a natureza humana e os interesses do homem, suas possibilidades e limitações, pois o homem é o parâmetro para redimensionar os problemas filosóficos. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

³⁰⁷ CONJUR. **Nova Lei de Migração traz avanços aos direitos humanos, mas pode ser aprimorada**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/fabiana-severo-lei-migracao-ainda-aprimorada>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

capazes de integrar efetivamente esses indivíduos, com acesso aos serviços sociais, mercado de trabalho, espaços religiosos, culturais e políticos. A necessidade reside, assim, na efetivação de políticas migratórias capazes de tutelar a dignidade e os direitos humanos desses indivíduos que chegam ao país.

CONCLUSÃO

Esta dissertação teve como objetivo investigar o fenômeno migratório e a legislação brasileira aplicável ao tema, visando responder ao seguinte problema: as políticas migratórias brasileiras refletem o conteúdo das normas internacionais e regionais sobre fluxo de pessoas e da Constituição Federal de 1988, amplamente conhecida como uma constituição inclusiva e pluralista? A intenção da pesquisa era verificar a atual política migratória no Brasil e apontar para a necessidade de uma nova legislação sobre o tema, na medida em que as regras hoje existentes não estão de acordo com a proteção de direitos humanos.

A primeira hipótese analisada verificou que o Brasil faz parte de um mundo globalizado e, portanto, tem seu fluxo migratório também influenciado por esse fenômeno. Nesse contexto, o direito humano de ir e vir não é absoluto e pode sofrer limitações, mesmo diante de um mundo globalizado, que tem suas fronteiras abertas para a circulação de riquezas, mas não de pessoas. Assim, o estrangeiro sofre dificuldades ao entrar e estabelecer-se em outra comunidade, processo que deve ser pautado por políticas que visam a concretização dos direitos humanos.

A partir disso, investigou-se, no primeiro capítulo, após um panorama geral sobre os dados migratórios no mundo, de que forma a globalização relaciona-se ao fenômeno migratório. Pôde-se concluir que a globalização exerce grande influência no trânsito migratório; no entanto, ao mesmo tempo que prevê fronteiras abertas para o fluxo de mercado, não atua da mesma forma com o fluxo de pessoas.

Demonstrou-se que existe um paradoxo nos efeitos que a globalização exerce sobre os fluxos migratórios. Ao mesmo tempo que as fronteiras se encontram abertas para o ingresso de empresas e capital, o mesmo não ocorre com as pessoas, que encontram fronteiras fechadas ou restritas ao ingresso. O direito de ir e vir sofre limitações em razão da soberania estatal, mesmo diante de um mundo globalizado. Isso porque os países visam interesses econômicos, o que pode dificultar a inserção do estrangeiro na comunidade receptora. Essa restrição acontece quando países aceitam pessoas visando a seu aproveitamento no mercado de trabalho, considerando, assim, o imigrante como um instrumento e não como uma pessoa, sujeito de direitos. Essa visão limitada do estrangeiro como ser humano faz com que

sua inserção na comunidade seja dificultosa.

Desse modo, demonstrou-se que normas de direitos humanos devem pautar e serem observadas nas hipóteses de limitações do direito de ir e vir, a fim de que não haja arbitrariedades na efetivação do direito de ir e vir, bem como com o objetivo de facilitar a inserção do estrangeiro na comunidade. A noção de pertencimento é extremamente relevante para que o estrangeiro tenha seus direitos resguardados. Assim, essa inclusão seletiva, que objetifica e instrumentaliza o estrangeiro como necessidade do mercado de trabalho, seria uma manifestação de preconceito. Além disso, essa postura frente aos estrangeiros não traduz uma conduta ética e justa, uma vez que dá atenção limitada a determinados grupos, presumindo que algumas pessoas são importantes enquanto outras simplesmente não.

É a identidade do ser humano, portanto, que deve ampliar o ponto de vista das relações, que não devem ser mediadas pela condição de membros de pequenas coletividades, como “povos” ou “nações” específicas, promovendo uma inclusão real do estrangeiro ou imigrante na sociedade. É por isso que as normas atinentes à migração devem ser guiadas pela “humanidade” ou pelo que é “humanitário”. Elas devem se alicerçar na ideia de que o estrangeiro possui a condição de membro da ampla categoria de seres humanos, independentemente da nacionalidade específica.

A segunda hipótese analisada dizia respeito ao direito de ir e vir, previsto nas normas internacionais e sua relação atual com a soberania estatal. Foi analisado se as regulamentações internacionais e regionais sobre o direito de ir e vir limitam a atuação do Estado, assim como o Estado Democrático de Direito. No entanto, concluiu-se que, apesar da limitação existir, ela não é suficiente, uma vez que se utiliza de conceitos vagos e subjetivos que possibilitam a discricionariedade do poder estatal.

Diante disso, primeiro apresentou-se o direito de ir e vir, bem como sua posição no ordenamento internacional. Na sequência, abordou-se a questão da soberania estatal sob dois aspectos: interno e externo. Pelo estudo realizado, pôde-se concluir que a soberania interna resta limitada pelo Estado Democrático de Direito e a soberania externa, pelas regras internacionais. No entanto, nos dois âmbitos da soberania, verifica-se que existem brechas e possibilidades a essa atuação de forma discricionária, podendo resultar em arbitrariedades. Isso porque ao serem adotados

conceitos vagos e subjetivos, em especial com relação às limitações do direito de ir e vir, existe a clara possibilidade da atuação discricionária do poder estatal.

Foram apresentadas as regulamentações de direito internacional e regional que hoje pautam a atuação dos Estados quanto às migrações. Essas regulamentações sobre o direito de ir e vir, visam proteger o migrante, sob a égide dos direitos humanos e limitam, de certo modo, a atuação do estado no exercício de sua soberania externa. No entanto, é importante destacar que não há previsão legal do direito de ingressar em outro país ou até mesmo de fixar residência fora das fronteiras do país de nacionalidade do indivíduo. O que os instrumentos internacionais garantem é o direito de livre circulação, que pode se dar em termos práticos na saída do país para turismo ou negócios temporários. Assim, conclui-se que o ingresso em determinado país ou a liberdade de estabelecimento com fins de residência, em um país diverso do da nacionalidade não é um direito reconhecido para o ser humano, mas apenas uma reivindicação.

Fato é que não existem normas internacionais claras que garantam o direito de ingresso em território diverso do país de origem do indivíduo, pois não existe, no direito internacional, um direito garantido ao ato de imigrar. Esse direito, se existisse, seria oposto aos postulados de soberania que conferem o direito a cada Estado de determinar livremente quem pode entrar no país e quem não pode, bem como quem pode instalar-se e em quais condições. Assim, pode-se afirmar que a própria ordem internacional também é limitada no que tange o direito de migrar, uma vez que não existe norma internacional que afirme o direito de ingressar em outro país, e as próprias Convenções e Tratados impõem limitações. O Pacto de São José da Costa Rica, por exemplo, ao impor, ressalta que os direitos ali presentes não podem ser interpretados de modo a implicar o direito de regularização de imigrantes que se encontram em situação irregular. Isso induz ao entendimento de que esses direitos humanos estão sempre condicionados e podem ter interpretação restritiva, uma vez que não necessariamente se aplicam aos imigrantes encontrados em situação ilegal.

Assim, o que existe atualmente é uma crise entre a valorização do ser humano por meio do direito de ir e vir e a soberania estatal. De um lado, um tema diretamente relacionado a direitos humanos, que se concretiza pela busca de acolhida em outro território; e, de outro, o controle de fronteiras como forma de manutenção da

segurança, bem-estar econômico, estabilidade política e identidade cultural.

A ordem internacional, obviamente composta por Estados, que negociam e firmam tratados em atendimento aos seus interesses, permite restrições ao direito de ir e vir e dá margem a abusos ao invés de criar mecanismos eficazes de proteção aos direitos humanos.

A última hipótese analisada tinha por objetivo verificar se a Constituição Federal de 1988 é inclusiva também à luz da imigração. O que se pôde concluir é que a própria CRFB apresenta pontos contraditórios ao estabelecer restrições ao estrangeiro no país. Outros instrumentos internos que tratam da matéria também foram analisados, como o Estatuto do Estrangeiro, que também não reflete completamente os objetivos e princípios constitucionais e internacionais pluralistas, havendo a necessidade de uma nova legislação.

Tendo em consideração já o panorama geral do contexto migratório na atualidade, bem como as regras internacionais e regionais aplicáveis ao tema, buscou-se investigar as normas nacionais a respeito do tema, como objetivo de responder o problema da pesquisa. Com o questionamento em mente, verificou-se que a Constituição Federal de 1988 reconhece o direito à livre locomoção e confere tratamento igualitário ao estrangeiro em território nacional, haja vista seus princípios norteadores como a dignidade da pessoa humana, mas, ao mesmo tempo, prevê uma série de restrições ao estrangeiro, como o exercício da cidadania, o direito de propriedade, etc.

Outros instrumentos internos que tratam da matéria já estão superados como é o caso do Estatuto do Estrangeiro, principal instrumento normativo hoje que trata da entrada e da permanência de estrangeiros no território nacional. A análise dessa legislação passou pelo contexto histórico da legislação, que foi concebido em meio ao regime ditatorial, bem como teve como vértice o princípio da dignidade da pessoa humana presente na Constituição Federal Brasileira.

Verificou-se que o Estatuto visa garantir a soberania nacional protegendo o interesse nacional e o mercado de trabalho na pessoa do trabalhador nacional. Essas garantias sobrepõem-se à dignidade humana e aos direitos humanos, uma vez que podem levar a políticas discriminatórias, xenófobas, restritivas e arbitrárias.

Conjugando todo o estudo feito até aqui, verifica-se que o Estatuto do Estrangeiro não corresponde mais aos anseios da comunidade internacional e nem tampouco aos princípios previstos na Constituição Federal.

Além disso, foram analisadas as demais normas adotadas com relação ao ingresso de estrangeiros no país, como o visto humanitário garantido aos haitianos e o Estatuto do Refugiado. Essas regras, expedidas por meio de Resoluções Normativas pelo CNlg, são mais recentes e estão em acordo com os instrumentos internacionais e garantia de direitos humanos e, também, com o princípio da dignidade da pessoa humana presente em nossa Constituição como fundamento basilar da República Federativa do Brasil. A atuação do CNlg é que vem atualizando as regras a respeito da migração no Brasil e permitindo, assim, sobreviver ao já superado Estatuto do Estrangeiro. No entanto, não se pode falar em política migratória no Brasil que represente um conjunto de ações coerentes. O que existe são ações humanitárias pontuais, que visam resolver questões específicas, mas que não representam o que se espera de uma política migratória com ações coordenadas e coesas. O que se verifica atualmente no país demonstra um quadro normativo incoerente que ofusca a ideia de política migratória.

Por fim, analisou-se o Projeto de Lei nº 2.516/2016 que visa substituir o atual Estatuto do Estrangeiro. Existem outros projetos de lei visando o mesmo objetivo, no entanto, este é o mais adiantado e que aponta ser o substituto da atual Lei 6.815/80. A situação atual do projeto é de aprovação na Câmara dos Deputados no dia 6 de dezembro de 2016. O texto volta, então, para confirmação pelo plenário do Senado, onde já foi aprovado.

Sobre o texto do PL é importante dizer que representa grande avanço na legislação brasileira quando comparado à atual legislação. Isso porque as antigas preocupações com interesse nacional e trabalhador nacional foram superadas por uma visão mais atenta aos direitos humanos do estrangeiro, como norteia a legislação internacional. Nesse sentido, pode-se dizer que o Brasil, caso seja aprovado o PL, assume uma postura relevante no contexto migratório mundial.

A garantia de trabalho em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade,

bem como outros direitos, em especial destaque: direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos; direito à reunião familiar do imigrante com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes; acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social; amplo acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; direito à educação pública, vedada a discriminação em razão da nacionalidade; garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, certamente são um avanço na legislação sobre o estrangeiro. As limitações ao processo de expulsão bem como o direito de residência também demonstram a evolução legislativa.

Por isso, conclui-se que o Brasil possui sim um conjunto de ações migratórias atentas aos direitos humanos, como é o caso do visto humanitário e do Estatuto do Refugiado. Contudo, a Constituição Federal apresenta incongruências com relação aos preceitos nela mesma previstos. Além disso, a principal legislação sobre o tema encontra-se verdadeiramente desatualizada se confrontante às normas internacionais e com à própria Constituição Federal. Assim, existe a necessidade de uma nova legislação sobre o tema. Uma legislação humanística que seja voltada à proteção de direitos humanos e à integração do estrangeiro na comunidade receptora.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Convenção de Cartagena de 1984**. 1984. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1>. Acesso em: 2 out. 2016.

ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Dados sobre refúgio no Brasil**. 2016. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>>. Acesso em: 13 out. 2016.

ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Estatísticas. tendências globais sobre refugiados e outras populações de interesse do Acnur**. 2016. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/>>. Acesso em: 6 nov. 2016.

ALMEIDA, Paulo Sérgio. **Mercosul e migrações**. Brasília: Conselho Nacional de Imigração, 2008.

ALVES, André Thiago J. Globalização e movimentos migratórios. In: PEREIRA, Gloria Maria Santiago; PEREIRA, José de Ribamar Souza. (Orgs.) **Migração e globalização**: um olhar interdisciplinar. Curitiba: CRV, 2012.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA. Comitê Migrações e Deslocamentos da Associação Brasileira de Antropologia. **Análise crítica sobre o PL 2516/2015**. [201-]. Disponível em: <http://jornalggn.com.br/sites/default/files/documentos/analise_critica_do_pl2516_comite_migracoes_e_deslocamentos_da_aba1_co_pia_1.pdf>. Acesso em 10 jan. 2017.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FERREIRA, Priscila Andreoti. A proteção dos refugiados no Brasil e o procedimento para concessão de refúgio. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; GODOY, Gabriel Gualano de. (Coords.) **Migrações**: Políticas e direitos humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha. Curitiba: Juruá, 2015. p. 167-192.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BERNER, Vanessa Oliveira Batista. Prefácio. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; GODOY, Gabriel Gualano de. (Coords.) **Migrações**: Políticas e direitos

humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha. Curitiba: Juruá, 2015. p. 9-13.

BIBLIOTECA Virtual Miguel de Cervantes. **Tratado de Versalhes**. 2012. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/tratado-de-versalles/>. Acesso em: 19 set. 2016.

BORJAS, George J. **Immigration economics**. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Redação final do substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 2.516-b de 2015 do Senado Federal**. 2016.

Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7B4A9DE66FF005BD79633B4C0B02C827.proposicoesWebExterno2?codteor=1516507&file name=REDACAO+FINAL+-+PL+2516/2015>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Imigração. **Resolução Normativa n. 97/2012**.

Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=116083>>. Acesso em: 1 dez. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Imigração. **Resolução Normativa n. 106/2013**.

Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=261070>>. Acesso em: 1 dez. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Imigração. **Resolução Normativa n. 113/2014**.

Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=278602>>. Acesso em: 1 dez. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Imigração. **Resolução Normativa n. 117/2015**.

Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=301701>>. Acesso em: 1 dez. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Imigração. **Resolução Normativa n. 123/2016**.

Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=328777>>. Acesso em: 1 dez. 2016.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 jul.1992, p. 8716.

BRASIL. Decreto 5.978, de 4 de dezembro de 2006. Dá nova redação ao Regulamento de Documentos de Viagem a que se refere o Anexo ao Decreto nº 1.983, de 14 de agosto de 1996, que instituiu o Programa de Modernização, Agilização, Aprimoramento e Segurança da Fiscalização do Tráfego Internacional e do Passaporte Brasileiro - PROMASP. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 dez. 2006, p. 2.

BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. **Diário Oficial [da]**

República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Brasília, DF, 21 ago. 2006. p.16534.

BRASIL. Lei Nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do estatuto dos refugiados de 1951, e determina outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 jul. 1997, p. 15822.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

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

CERQUEIRA, Marcello. **Nova lei de estrangeiros ou regimento interno da bastilha?** Rio de Janeiro: PLG Comunicação, 1981.

COMISSÃO DE ESPECIALISTAS. **Anteprojeto de Lei de migrações e promoção dos direitos dos migrantes no Brasil**. 2014. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/documentos/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONJUR. **Nova Lei de Migração traz avanços aos direitos humanos, mas pode ser aprimorada**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/fabiana-severo-lei-migracao-ainda-aprimorada>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

CUNHA, Ana Paula da. A Convenção de 1951, relativa ao status de refugiado aos 60 anos e desafios da atualidade. In: PEREIRA, Gloria Maria Santiago; PEREIRA, José de Ribamar Souza. (Orgs.) **Migração e globalização: um olhar interdisciplinar**. Curitiba: CRV, 2012. p. 97-118.

DAL RI, Luciene. Dignitas: continuidades e descontinuidades entre o antigo e o medieval. **Rev. Pistis Prax., Teol. Pastor.**, Curitiba, v. 6, n. 3, p. 753-772, set./dez. 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. A regulamentação da imigração no Brasil e suas repercussões. In: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; GODOY, Gabriel Gualano de. (Coords.) **Migrações: Políticas e direitos humanos sob as perspectivas do Brasil, Itália e Espanha**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 193-209.

GMG. Global Migration Group. **International migration and human rights: Challenges and opportunities on the threshold of the 60th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights**. ISBN: 978-0-89714-900-6. October, 2008.

GMG. Global Migration Group. **Migration and human rights**. 2016. Disponível em:

<<http://www.globalmigrationgroup.org/migration-and-human-rights>>. Acesso em: 3 nov. 2016.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 1997.

IANNI, Octavio. **A era do globalismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito Internacional dos refugiados**: e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/O_Direito_Internacional_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 2 out. 2016.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração**. O estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

LUPI, Carlos. **Mercosul e as migrações**: os movimentos nas fronteiras e a construção de políticas públicas regionais de integração. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 19**. 2011. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/446>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 97**. 2012. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/523>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção 143**. 2015. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-sobre-imigra%C3%A7%C3%B5es-efectuadas-em-condi%C3%A7%C3%B5es-abusivas-e-sobre-promo%C3%A7%C3%A3o-da-igualdade-de>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Recomendação nº 86**. 2015. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312424:NO>. Acesso em: 28 ago. 2016.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Convenção de Genebra de 1951, relativa ao estatuto dos refugiados**. 2014. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 2 out. 2016.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Convenção internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias**. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/rP9Td2>>. Acesso em: 2 out. 2016.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 1 out. 2016.

ONU. Organização das Nações Unidas. Department of Economic and Social Affairs, Population Division. **International Migration Report 2015**. United Nations: New York: Highlights, 2016.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Relatório da Conferência Internacional sobre população e desenvolvimento**. 1994. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2016.

PACÍFICO, Andrea Pacheco; GAUDÊNCIO, Marina Ribeiro Barboza. A proteção dos deslocados ambientais no regime internacional dos refugiados. **REMHU - Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.**, Brasília, ano XXII, n. 43, p. 133-148, jul./dez. 2014.

PARLAMENTO EUROPEU. **Livre circulação dos trabalhadores**. 2016. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuld=FTU_3.1.3.html>. Acesso em: 21 dez. 2016.

PECES-BARBA, Gregorio. **Diez lecciones sobre ética, poder y derecho**. Madrid: Dykinson, 2010.

PIORE, Michael J.; DOERINGER, Peter B. **Internal labor markets and manpower analysis**. Armonk: M. E. Sharp, Inc., 1971.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015a.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015b.

PORTAL BRASIL. **Brasil autoriza residência permanente a 43,8 mil haitianos**. 2015. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/11/brasil-autoriza-visto-de-residencia-permanente-para-43-8-mil-haitianos>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

PORTAL BRASIL. **Governo prorroga visto humanitário para haitianos**. 2016. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/09/governo-prorroga-visto-humanitario-para-haitianos>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

REIS, Rosana Rocha. A política do Brasil para as migrações internacionais. Contexto Internacional, Rio de Janeiro, v. 33, n. 1, p. 47-69, 2011.

REZEK, Francisco. **Direito público internacional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a**

exclusão social. [200-]. Disponível em:
<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>>.
Acesso em: 27 dez. 2016.

SÁ, Patrícia Rodrigues Costa de; SILVA, Filipe Rezende. **Desafios à inclusão dos imigrantes haitianos na sociedade brasileira.** 2015. Disponível em:
<http://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/anais/arquivos/27_PRCS.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2017.

SALLES, Maria do Rosário Rolfsen *et al.* (Orgs.). **Imigrantes internacionais no Pós-Segunda Guerra Mundial.** Campinas: Núcleo de Estudos de População - Nepo/Universidade Estadual de Campinas, Faculdade Anhembi Morumbi, Universidade Federal de São Paulo, 2013.

SANTOS, Isabelle Dias Carneiro. A violação dos DH diante dos fluxos migratórios e das políticas de segurança nacional: uma análise sobre Américas e Brasil. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 6, p. 112-128, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** [online], n. 9, jan./jun. 2007. p. 385.

SASSEN, Saskia. **The mobility of labor and capital:** a study in international investment and labor flow. Londres: Universidade de Cambridge, 1988.

SAYAD, Abdelmalek. **A imigração.** Ou os paradoxos da alteridade. São Paulo: USP, 1998.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SEN, Amartya. **Identity and violence:** the illusion of destiny. New York/London: W.W. Norton & Company, 2006.

SICILIANO, André Luiz. **A política migratória brasileira:** limites e desafios. 2013. 59 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Instituto de Relações Internacionais, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2013.

SJAASTAD, Larry A. **The costs and returns of human migration.** Chicago: The University of Chicago Press, 1962.

STARK, Oded; BLOOM, David E. **The new economics of labor migration.** Nashville: American Economic Association, 1985.

SUA PESQUISA. **ONU** (Organização das Nações Unidas). 2016. Disponível em:
<<http://www.suapesquisa.com/geografia/onu.htm>>. Acesso em: 18 set. 2016.

TEDESCO, João Carlos. Modernidade e migração: o estrangeiro na globalização. In: PEREIRA, Gloria Maria Santiago; PEREIRA, José de Ribamar Souza. (Orgs.) **Migração e globalização:** um olhar interdisciplinar. Curitiba: CRV, 2012.

VALADARES, Jeferson da Costa. Notas sobre o humanismo jurídico de Francisco de

Vitoria e o ius communicationis em contexto. **Synesis**, Petrópolis, v. 8, n. 1, p. 101-120, jan./jun. 2016.

VATTEL, Emer de. **O direito das gentes**. 2004. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/0261-direito_das_gentes.pdf>. Acesso em: 29 set. 2016.

VERAS, Nathália Santos. Direitos humanos dos migrantes na jurisprudência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Textos&Debates**, Boa Vista, n. 18, p. 251-268, jan./jun. 2010. p. 608.