

O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS DOS MIGRANTES NA LEI DE MIGRAÇÃO

THE ACKNOWLEDGEMENT OF MIGRANTS' HUMAN RIGHTS IN THE MIGRATION LAW

*Rodrigo Weber de Jesus**
*Victor Antonio Del Vecchio***

Resumo:

Os fluxos migratórios foram e continuam sendo um elemento importante para a sociedade e o governo brasileiro. Ocorre que até 2017, nosso país possuía uma legislação antiquada e defasada para tratar da migração, ainda pautada na lógica da securitização dos fluxos migratórios e da defesa da soberania nacional, supostamente ameaçada por nacionais de outros países que chegavam ao Brasil. Isto se alterou após um complexo processo de construção de uma Lei de Migração pautada pela ideia de migração enquanto direito humano, e pelo reconhecimento dos direitos humanos de migrantes. O presente trabalho busca apresentar de maneira breve o cenário migratório nacional e o processo legislativo ocorrido, para então debruçar-se sobre os avanços e retrocessos jurídicos e políticos que ocorreram, e o resultado final que se extrai deles quando aplicados na prática.

Palavras-chave: Direito Internacional Público. Direitos Humanos. Migração. Lei de Migração.

Abstract:

Migratory flows have been an important element for the Brazilian society and government. Until 2017, our country had an old fashion, outdated laws about immigration, based under the logic of securitization of migratory flows and the defense of national sovereignty, supposedly threatened by citizens from other countries that arrived in Brazil. This framework changed after a complex process of constructing a Migration Law under the idea of migration as a human right, and the acknowledgment of human rights for migrants. The present work intends to briefly present the national migratory scenario and the legislative process that took place, in order to study the legal and political advances and setbacks that have begun, and the final result that can be applied in practice.

Keywords: Public International Law. Human Rights. Migration. Migration Law.

* Rodrigo Weber de Jesus possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2003). Atualmente é Delegado de Polícia Federal - Departamento de Polícia Federal.

** Víctor Antonio Del Vecchio é graduado e mestrando em Direito Internacional Público pela Universidade de São Paulo e membro do ProMigra – Projeto de Promoção dos Direitos de Migrantes.

1. Introdução

A globalização e o processo de integração entre os diferentes Estados nacionais são crescentes, propiciando uma maior permeabilidade das fronteiras nacionais e elevação da circulação de pessoas entre países.

Por outro lado, conflitos internos e o terrorismo internacional galgam destaque nos debates, sobretudo ao fomentar a movimentação de grandes contingentes de pessoas em busca de segurança e condições socioeconômicas mais adequadas. Ademais, a movimentação de contingentes populacionais desencadeia um sentimento crescente de xenofobia, que dificulta a integração de imigrantes às populações locais.

Nessa esteira, vem ascendendo ao poder diversos governos com viés nacionalista que podem refrear a integração crescente entre Estados vista no passado recente, especialmente com a formação de blocos de países com interesses exclusivamente econômicos ou não, como a União Europeia e o MERCOSUL.

Esse cenário pode representar uma ameaça aos direitos dos migrantes, não podendo se olvidar, contudo, da necessidade de observância dos direitos humanos na seara migratória e de segurança dos Estados.

Cumprido destacar que a Constituição Federal de 1988, norteada pelos direitos humanos, introduziu grande número de direitos e garantias voltadas à proteção do ser humano, especialmente em seu art. 5º, ressaltando que sua aplicação se estende a todos, e não apenas aos nacionais, apesar de a aparente restrição ao dispor que os direitos ali mencionados são garantidos “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País”.

Em verdade, a Constituição Federal trouxe a lume a proteção da vida, da igualdade, da liberdade e, sobretudo, da dignidade da pessoa humana, não desamparando também o estrangeiro, independentemente de sua situação migratória, e não apenas os residentes, como uma análise perfunctória poderia induzir, sendo “certo que os direitos fundamentais também se aplicam aos *não residentes*, quer em face da universalidade dos direitos humanos, quer em virtude de tratados de direitos humanos, ratificados pelo Brasil” (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2019, p. 503).¹

Ademais, o Brasil possui grande preocupação com o tema dos direitos humanos, como se observa na regulamentação dos institutos do refúgio e do asilo político, na restrição às hipóteses de extradição, dentre outras.

Regulando a situação jurídica do migrante, destaca-se a Lei n. 13.445/2017 – Lei de Migração, que veio a substituir a Lei n. 6.815/1980 – Estatuto do Estrangeiro e seu regulamento, cuja elaboração remonta a um período ditatorial, pautada sobretudo

¹ No mesmo sentido lecionam Alexandre de Moraes (2003, p. 62-63) e Francisco Rezek (2008, p. 194).

na segurança nacional, relegando a segundo plano em diversos momentos a questão da dignidade da pessoa humana e que há muito já vinha exigindo sua aplicação com a compatibilização à Constituição pátria.

Por conseguinte, o presente trabalho busca se debruçar sobre o avanço da proteção dos migrantes, sobretudo à luz dos direitos humanos, na novel Lei de Migração, passando por uma breve visão do panorama migratório nacional e comentários sobre vetos e regulamentação do citado diploma legal.

2. Panorama atual da migração no Brasil

Segundo dados do IBGE, a população brasileira alcançou em 2019 pouco mais de 210 milhões de habitantes,² população essa constituída, inclusive, sobre as bases de políticas migratórias, que trouxeram grandes contingentes populacionais para o país, com destaque para o final do século XIX até meados do XX, quando levas de europeus e asiáticos aportavam na costa brasileira.

Esse fluxo migratório teve significativa redução com o passar das décadas, restando, no entanto, uma constante, porém modesta chegada populacional com predomínio de nações que possuem vínculos com a migração histórica, como Portugal, Itália, Espanha, Alemanha, Japão e Líbano, além dos Estados Unidos, cuja migração segue perfil majoritariamente laboral e/ou atrelado a negócios, a despeito de não haver significativa migração histórica. Ainda, há de notar que os fluxos com países latino-americanos também se fizeram presentes, assumindo papel significativo e constante a partir da década de 1980, com destaque para a vinda de bolivianos (BAENINGER, 2018, p. 609).

As duas primeiras décadas do século XXI trazem novos fluxos que se somam aos anteriores. A sociedade, em especial a mídia, a produção acadêmica e de maneira mais modesta, porém existente, as agendas políticas, passam a lidar com a chegada de migrantes internacionais oriundos de países do chamado “Sul Global”, sobretudo africanos e o fenômeno dos haitianos (BAENINGER, 2018, p. 609), que decorre de uma série de fatores que envolvem desde a guerra civil que o país viveu, até uma suposta aproximação com a nação brasileira que os nacionais desse país tiveram em decorrência da MINUSTAH – Missão das Nações Unidas para a estabilização no Haiti, e o forte terremoto que atinge o país, destruindo grande parte de sua já insuficiente estrutura, que teve demolido desde hospitais, presídios e estradas, até prédios governamentais e de patrimônio histórico.

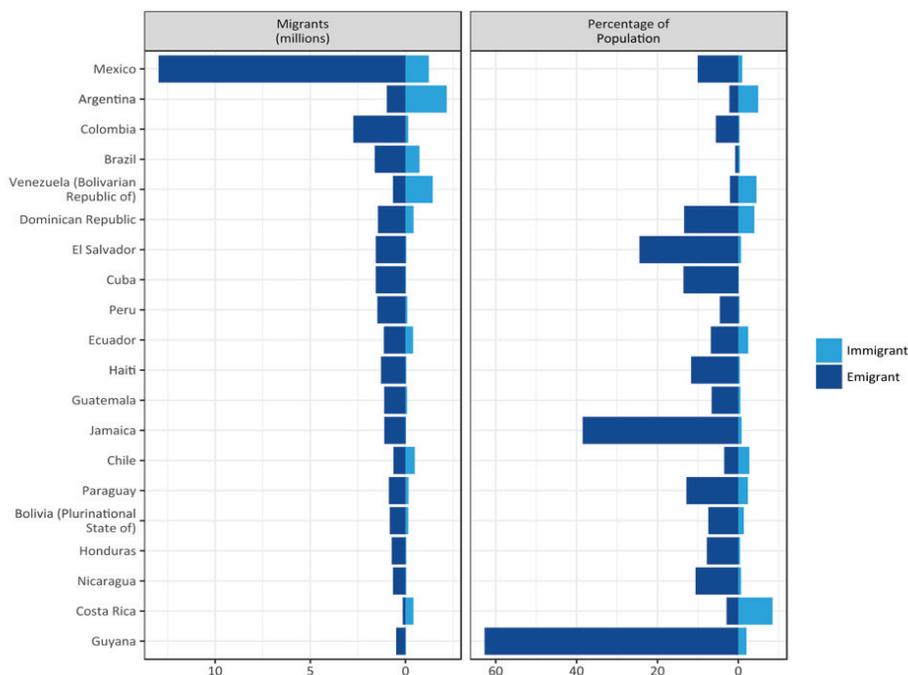
Fato é que o crescimento econômico e o momento político vivido pelo Brasil o projetavam no cenário internacional e acabavam por promover o aumento na

² <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>.

vinda de migrantes, que ao chegarem aqui, deparavam-se com uma legislação anacrônica, forjada no final do período da ditadura militar, em 1980, e que impunha aos migrantes um tratamento autoritário, sob a ótica da securitização e defesa da soberania nacional brasileira.

Não obstante, se ao longo de sua história o Brasil foi um Estado eminentemente de imigração, nas últimas décadas houve um forte fluxo migratório de brasileiros deixando o país em razão de sua situação econômica e social. Por conseguinte, estima-se que hoje há aproximadamente um milhão de migrantes residindo no Brasil, o que representa menos de 1% da população, porém há, segundo dados do Ministério das Relações Exteriores, em torno de três milhões de brasileiros vivendo no exterior.³

O gráfico a seguir do “World Migration Report” para a América Latina (INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, 2018), elaborado pela Organização Internacional para as Migrações, é bastante ilustrativo acerca do atual cenário migratório brasileiro, especialmente em contraposição com outros países da região:



Source: UN DESA, 2017.

Note 1: The population size used to calculate the percentage of immigrants and emigrants is based on the UN DESA total resident population of the country, which includes foreign-born populations.

Note 2: “Immigrant” refers to foreign-born migrants residing in the country. “Emigrant” refers to people born in the country who were residing outside their country of birth in 2017.

³ <http://www.brasileirosnomundo.itamaraty.gov.br/a-comunidade/estimativas-populacionais-das-comunidades/Estimativas%20RCN%202015%20-%20Atualizado.pdf>.

Verifica-se, assim, que atualmente o Brasil deixou de ser mais um país de imigração para se tornar mais um país de emigração, o que não minimiza a importância das populações de outros países que vivem no Brasil, mas chama atenção à dinâmica do fenômeno e à necessidade de regular em termos legislativos e de políticas públicas não somente as populações imigrantes no Brasil, mas também emigrantes brasileiras no exterior.

3. O processo de construção de uma nova lei de migração

Desde a Constituição de 1988, a legislação migratória nacional se mostrava arcaica, havendo omissão estatal na elaboração de uma política migratória, além da necessidade de adequação à proteção dos direitos humanos e modernização do arcabouço jurídico visando normas mais consentâneas à Constituição cidadã.

Em um passado recente surgiram algumas propostas de mudança da legislação sobre o tema, como o Projeto de Lei n. 5.655/2009, ganhando força a matéria no final de 2016 com o retorno ao Senado do Projeto de Lei do Senado n. 288/2013.

A nova Lei de Migração foi proposta por intermédio do PLS n. 288/2013, de autoria do senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB-SP), a fim de substituir o Estatuto do Estrangeiro – Lei n. 6.815/1980, elaborado durante o regime militar. O texto havia sido aprovado em 2015 no Senado e remetido à Câmara dos Deputados, tendo retornado para análise do Senado em dezembro de 2016 (SENADO FEDERAL, 2017).

Cumprir destacar que também no ano de 2013 o Ministério da Justiça nomeou uma Comissão de Especialistas que tinha por objeto apresentar um anteprojeto de Lei de Migração. Ademais, ao longo da tramitação do PLS n. 288/2013 houve mobilização da sociedade civil com contribuições à lei, bem como visando a aprovação de um novo normativo, processo esse que culminou com a aprovação no Senado do projeto em 18 de abril de 2017, após prévia aprovação na Câmara dos Deputados (DELFIN, 2018).

4. Princípios e garantias na lei de migração

Ao longo de todo o processo de construção da norma, buscou-se dotar o país de uma legislação migratória moderna e consentânea com os direitos humanos, sempre dialogando com diversos setores da sociedade civil.

Não se pode olvidar, ainda, da mudança de enfoque da legislação antiga, que tratava apenas da questão do “estrangeiro”, enquanto a atual não só cuida dos viajantes e migrantes que tenham o Brasil como destino, mas também dos brasileiros que se encontram residindo no exterior.

A proteção ao brasileiro no exterior é uma das diretrizes constantes do art. 3º da Lei de Migração e que deve ser observada na elaboração de políticas públicas.

Assim, o novel diploma migratório inova ao dedicar o Capítulo VII aos “emigrantes”, consolidando, ainda que de forma sucinta, diretrizes para elaboração de políticas públicas para os nacionais residentes no exterior, além de estabelecer alguns direitos.

A nova Lei de Migração representa, por conseguinte, uma ruptura ao estabelecer novos paradigmas, como o uso do termo “imigrante”, a proteção de direitos e o incentivo à regularização migratória, em contraponto ao Estatuto do Estrangeiro, que se valia do termo “estrangeiro”, era baseada na segurança nacional e não previa possibilidade de regularização migratória.

Nesse diapasão, após estabelecer alguns conceitos em seu primeiro artigo, a Lei de Migração preconiza no art. 2º o respeito a normas internas e internacionais específicas sobre refugiados, asilados, além de agentes e pessoal diplomático, consular e de organizações internacionais.

Em verdade, a Lei de Migração pouco trata dos refugiados e solicitantes de refúgio, destacando em mais de uma passagem a necessidade de se observar a Lei n. 9.474/1997, que estabelece mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, quanto à temática.

Na sequência, passa a lei a tratar dos princípios e das garantias aplicáveis em matéria migratória, dedicando integralmente o art. 3º aos princípios e diretrizes norteadores da política migratória brasileira e o art. 4º às garantias asseguradas aos migrantes.

Cumprido transcrever o art. 3º, consoante a seguir:

Art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:

I – universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos;

II – repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação;

III – não criminalização da migração;

IV – não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional;

V – promoção de entrada regular e de regularização documental;

VI – acolhida humanitária;

VII – desenvolvimento econômico, turístico, social, cultural, esportivo, científico e tecnológico do Brasil;

VIII – garantia do direito à reunião familiar;

IX – igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares;

X – inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas;

XI – acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social;

XII – promoção e difusão de direitos, liberdades, garantias e obrigações do migrante;

XIII – diálogo social na formulação, na execução e na avaliação de políticas migratórias e promoção da participação cidadã do migrante;

XIV – fortalecimento da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, mediante constituição de espaços de cidadania e de livre circulação de pessoas;

XV – cooperação internacional com Estados de origem, de trânsito e de destino de movimentos migratórios, a fim de garantir efetiva proteção aos direitos humanos do migrante;

XVI – integração e desenvolvimento das regiões de fronteira e articulação de políticas públicas regionais capazes de garantir efetividade aos direitos do residente fronteiriço;

XVII – proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante;

XVIII – observância ao disposto em tratado;

XIX – proteção ao brasileiro no exterior;

XX – migração e desenvolvimento humano no local de origem, como direitos inalienáveis de todas as pessoas;

XXI – promoção do reconhecimento acadêmico e do exercício profissional no Brasil, nos termos da lei; e

XXII – repúdio a práticas de expulsão ou de deportação coletivas.

Analisando o art. 3º, alguns incisos merecem destaque. Pode-se observar que já em seu primeiro inciso, o art. 3º estabelece que a política migratória brasileira deve ser pautada pela “universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos”. Por conseguinte, resta evidente que a supremacia dos direitos humanos passa a exercer papel central na disciplina da migração no país, afastando-se completamente da ideia de primazia da segurança nacional frente ao ser humano.

Ademais, há um repúdio à xenofobia, racismo e outras formas de discriminação, que não só são rechaçadas, como devem ser prevenidas na elaboração de políticas públicas. A xenofobia tem sido um comportamento observado no passado recente brasileiro, como ilustram situações envolvendo haitianos (BOARINI, 2015) e venezuelanos (COSTA; FÉLIX, 2018).

Outro ponto que merece destaque é a não criminalização da migração. Considerando que a migração é um fenômeno social e encontra-se no cerne da formação de diversos Estados nacionais, como no próprio continente americano e, sobretudo, no Brasil, que foi colonizado por europeus e depois recebeu migração de outros países, não deve ser tratada como conduta a ser reprimida pelo Direito Penal.

Não se deve confundir, contudo, a não criminalização do fenômeno migratório, com condutas como o tráfico de pessoas ou o contrabando de migrantes, que, inclusive, encontram-se tipificadas de certo modo no ordenamento jurídico pátrio nos arts. 149-A (Tráfico de Pessoas) e 232-A (Promoção de Migração Ilegal), este último incluído pela Lei de Migração.

Nesse ponto, a Lei de Migração se antecipou ao próprio Pacto Global para as Migrações, que preconiza a não criminalização da migração, ressaltando o combate ao tráfico de pessoas e ao contrabando de migrantes.

A política migratória deve, ainda, buscar a promoção da entrada regular de migrantes, bem como buscar a regularização daqueles que já se encontram em território nacional e estejam em situação ilegal.

Por conseguinte, o novo arcabouço migratório se afasta do Estatuto do Estrangeiro, que não se pautava pela possibilidade de regularização. Em geral, excepcionando algumas normas esparsas, a única medida cabível era a deportação, retirada compulsória aplicável àqueles que tenham ingressado irregularmente no país ou que a estada tenha se tornado irregular.

Atualmente, a deportação permanece prevista, porém deve ser precedida de notificação pessoal com explicitação das irregularidades e concessão de prazo não inferior a 60 dias para regularização migratória, prazo esse que pode ser prorrogado por igual período mediante compromisso da pessoa manter suas informações atualizadas, consoante inteligência do § 1º do art. 50 da Lei de Migração.

Outra diretriz é a que prima pela acolhida humanitária, sendo previsto, por conseguinte, o visto temporário para acolhida humanitária no art. 14, I, “c”, da Lei de Migração. O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido a apátridas ou nacionais de país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras

hipóteses, consoante § 3º do citado artigo, porém na forma de regulamento. Contudo, até o presente momento, a regulamentação é insuficiente para atender ao espírito da norma.

Há uma preocupação com a família, sendo preconizado o direito à reunião familiar e a igualdade de tratamento do migrante e seus familiares.

As políticas públicas devem buscar também a inclusão social, laboral e produtiva do migrante, permitindo, assim, uma efetiva integração do migrante à sociedade brasileira.

Merece destaque a previsão de “acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social”. Dessa feita, não pode ocorrer qualquer diferenciação no acesso de nacionais ou migrantes a serviços e programas públicos.

Na garantia do exercício dos direitos dos migrantes, vem ganhando destaque a atuação da Defensoria Pública da União que, inclusive, tem criado em algumas localidades ofícios específicos de migrações e refúgio para atendimento dos migrantes no Brasil. A atuação da instituição tem promovido de forma consistente efetivação dos direitos humanos dos migrantes.

Não se pode olvidar que, como já se espera de uma política pública efetiva, deve haver diálogo social na sua elaboração, execução e avaliação, assim como deve ser promovida a participação cidadã do migrante.

Alguns municípios que já contam com políticas migratórias municipais vêm constituindo Conselhos de Imigrantes, como no caso de município de São Paulo, que dispõe de Conselho de natureza consultiva objetivando efetivar a participação do migrante na formulação, execução e monitoramento das políticas voltadas à população migrante.

Novamente se antecipando ao Pacto Global para as Migrações, a Lei de Migração propugna uma cooperação internacional entre os Estados de origem, trânsito e destino dos migrantes visando a proteção de seus direitos humanos, além da promoção do desenvolvimento humano no local de origem.

Por fim, a política migratória deve se pautar pelo repúdio a práticas de expulsões ou de deportações coletivas. Nesse diapasão, convém destacar que a Polícia Federal já instituiu desde o início da década a obrigatoriedade de comunicação à Coordenação-Geral de Polícia de Imigração – CGPI os impedimentos de ingresso no país de quatro ou mais viajantes de uma mesma nacionalidade, o que permite o monitoramento por parte daquela Coordenação das práticas adotadas pelas unidades que efetuam a fiscalização migratória.

Outro dispositivo que merece destaque é o art. 4º da Lei de Migração. Referido dispositivo dispõe sobre as garantias asseguradas aos migrantes, conforme transcrito a seguir:

Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados:

I – direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos;

II – direito à liberdade de circulação em território nacional;

III – direito à reunião familiar do migrante com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes;

IV – medidas de proteção a vítimas e testemunhas de crimes e de violações de direitos;

V – direito de transferir recursos decorrentes de sua renda e economias pessoais a outro país, observada a legislação aplicável;

VI – direito de reunião para fins pacíficos;

VII – direito de associação, inclusive sindical, para fins lícitos;

VIII – acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;

IX – amplo acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

X – direito à educação pública, vedada a discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;

XI – garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;

XII – isenção das taxas de que trata esta Lei, mediante declaração de hipossuficiência econômica, na forma de regulamento;

XIII – direito de acesso à informação e garantia de confidencialidade quanto aos dados pessoais do migrante, nos termos da Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011;

XIV – direito a abertura de conta bancária;

XV – direito de sair, de permanecer e de reingressar em território nacional, mesmo enquanto pendente pedido de

autorização de residência, de prorrogação de estada ou de transformação de visto em autorização de residência; e

XVI – direito do imigrante de ser informado sobre as garantias que lhe são asseguradas para fins de regularização migratória.

§ 1º Os direitos e as garantias previstos nesta Lei serão exercidos em observância ao disposto na Constituição Federal, independentemente da situação migratória, observado o disposto no § 4º deste artigo, e não excluem outros decorrentes de tratado de que o Brasil seja parte.

O caput do art. 4º assegura direitos básicos a todos os seres humanos, tais como o direito à vida, à liberdade e à igualdade, ratificando sua aplicação em relação aos migrantes em condições de igualdade.

E prossegue logo em seu primeiro inciso assegurando direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos. Assim, a Lei propõe uma integração dos migrantes à sociedade brasileira sem qualquer distinção e com respeito às liberdades sociais e culturais que caracterizam cada grupo de migrantes.

O direito de transferir recursos para outro país, juntamente com o direito de abrir conta bancária, garante aos migrantes o acesso ao sistema bancário. Apesar de aparentar ser um direito simples, muitas vezes, por motivos diversos, sobretudo problemas documentais, os migrantes se veem alijado do acesso a serviços bancários, sendo frequente, contudo, que essa população efetue remessas de valores ao exterior. Do mesmo modo, garante segurança aos migrantes que, na impossibilidade de efetuarem depósitos, terminam por guardar quantidade considerável de dinheiro em suas residências e tornam-se vítimas preferenciais de certos grupos criminosos que subtraem bens e valores de residências de migrantes.

Em contraposição ao Estatuto do Estrangeiro, que vetava qualquer tipo de reunião de cunho político ou a participação na administração de sindicato ou organização profissional, a Lei de Migração assegura o direito de reunião para fins pacíficos e o direito de associação, inclusive sindical.

Conforme já previsto dentre os princípios e diretrizes da política migratória brasileira, o acesso aos serviços públicos, tais como de saúde, assistência social, previdência social e educação, é garantido a todos os migrantes, sem discriminação, seja em razão da nacionalidade, seja em razão de sua condição migratória, principalmente. Por conseguinte, qualquer tentativa de se criar diferenciação no acesso de migrantes a serviços públicos deve ser veementemente repudiada.

Em caso de comprovação de insuficiência de recursos, assegura-se o acesso à justiça e à assistência jurídica gratuita. Outrossim, o migrante é isento do pagamento de taxas previstas na Lei de Migração mediante declaração de hipossuficiência econômica.

Os direitos e obrigações trabalhistas também são aplicáveis ao trabalhador migrante, sem discriminação decorrente de nacionalidade ou condição migratória.

Merece destaque o direito de sair, permanecer e reingressar no país, mesmo enquanto pendente de decisão, pedido de autorização de residência, prorrogação de estada ou transformação de visto em autorização de residência. Desse modo, sanou uma omissão existente no Estatuto do Estrangeiro que, por vezes, levava ao entendimento de que os pedidos formulados apenas regularizavam a estada do migrante, mas não garantiam seu reingresso em caso de saída do país.

O parágrafo 1º do art. 4º reitera o exercício dos direitos e garantias previstos na Lei com observância do disposto na Constituição Federal, independentemente da situação migratória.

Cumprir trazer a lume outros dois pontos da Lei de Migração. O primeiro diz respeito à vedação à prisão por questões migratórias, salvo aquelas previstas na própria Lei e que se limitam à possibilidade de decreto de prisão para fins de extradição, observada a reserva jurisdicional estabelecida pela Constituição Federal.

Por fim, a expulsão que anteriormente apresentava um caráter perpétuo, impedindo o regresso enquanto não houvesse revogação do decreto de expulsão sob pena de cometimento do crime constante do art. 338 do Código Penal e que gerava questionamentos quanto a sua constitucionalidade tendo em vista a vedação constitucional a penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, Constituição Federal), passa a ter um prazo determinado, conforme inteligência do art. 54 da Lei de Migração, não podendo exceder ao dobro da pena aplicada (art. 204, Decreto n. 9.199/2017).

5. Vetos à lei de migração e seu regulamento

O processo da construção da Lei de Migração figurou como importante vitória para setores que empreenderam o reconhecimento da migração enquanto direito humano e enquanto fenômeno inerente à existência humana. A aprovação da lei no Congresso constituiu passo fundamental, mas ainda havia etapas seguintes que foram também decisivas nos rumos do tratamento jurídico e político dispensado aos migrantes.

Logo após a aprovação da lei, a mesma seguiu para sanção do então presidente Michel Temer, que em exercício de prerrogativa presidencial, vetou dezoito trechos do texto já dando prenúncio da regulamentação da lei que estava por vir.

Destacaremos a seguir alguns dos pontos mais contundentes no que diz respeito aos vetos presidenciais e ao decreto regulamentador.

Destarte, a própria definição de “migrante”, que constava no inciso I do § 1º do artigo 1º, foi vetada:

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;

E foi apresentada a justificativa presidencial:

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

O ponto crítico deste veto não se encontra em barrar uma definição semântica que foi também parte da construção legislativa e social de alterar a terminologia predominante de “estrangeiro” para “migrante”. O cerne do veto está em permitir restrição de direitos com base no domicílio do indivíduo, fator que na prática é discriminatório e hierarquiza em termos de sujeição a direitos o migrante que reside no país e aquele que está em trânsito ou em estada curta.

Outro veto bastante contundente é aquele que diz respeito à livre circulação de povos indígenas entre fronteiras de territórios tradicionalmente ocupados, que constava no § 2º do art. 1º:

§ 2º São plenamente garantidos os direitos originários dos povos indígenas e das populações tradicionais, em especial o direito à livre circulação em terras tradicionalmente ocupadas.

O trecho acima procurava regulamentar fenômeno já existente há milênios, que é a entrada e saída de territórios ocupados historicamente por determinadas populações às quais a convenção das fronteiras territoriais não diz respeito e tampouco deveria influir em sua existência.

Na prática, há muitos trechos da fronteira brasileira que nem o Brasil e nem as autoridades do país limítrofe conseguem exercer constante e efetiva fiscalização, e isso não decorre de ineficiência das forças de segurança nacionais, mas do fato de que fiscalizar fronteiras é uma tarefa extremamente custosa e complexa. Podemos tomar por exemplo, para melhor ilustrar, o caso da fronteira sul norte-americana, no qual mesmo no país com maior poderio econômico e bélico do mundo, em uma fronteira de predomínio climático desértico e de estepes, há uma gigantesca dificuldade em se fiscalizar e conter fluxos de entrada, a ponto do presidente Donald Trump ter como uma de suas principais bandeiras de campanha a construção de muro na fronteira entre EUA e México. No caso

brasileiro, consideradas as capacidades econômica e de polícia, somada ao fato de que nossa fronteira se estende ao longo de mais de 16 mil km, por mais de 10 países e por trechos de florestas equatoriais, exercer um controle rigoroso é, na prática, inviável.

A dificuldade de controle de fronteiras se agrava sobretudo em regiões menos urbanizadas e que são justamente aquelas onde as populações indígenas em geral habitam. Ainda, há de se considerar que o acesso a documentos básicos (e a manutenção deles atualizados) é menos comum entre os povos indígenas do que entre as demais parcelas da população, o que pode se somar como um obstáculo entre a manutenção dos costumes de mobilidade desses povos e o controle fronteiriço. Contudo, houve o veto com a seguinte justificativa:

O dispositivo afronta os artigos 1º, I; 20, § 2º; e 231 da Constituição da República, que impõem a defesa do território nacional como elemento de soberania, pela via da atuação das instituições brasileiras nos pontos de fronteira, no controle da entrada e saída de índios e não índios e a competência da União de demarcar as terras tradicionalmente ocupadas, proteger e fazer respeitar os bens dos índios brasileiros. (BRASIL, 2017b).

Ora, notamos que a presidência se socorreu ao tratamento securitário da migração para exercer sua prerrogativa de veto, indicando que o fluxo indígena e tradicional de entrada e saída já existente e muitas vezes indocumentado pode constituir ameaça à soberania nacional. Ainda, pode depreender-se a presunção de que os esforços da União se fazem suficientes para garantir com plenitude os interesses dos “índios brasileiros”.

Outro veto que merece destaque é do art. 118, que dispõe:

Art. 118. Será concedida autorização de residência aos imigrantes que, tendo ingressado no território nacional até 6 de julho de 2016, assim o requeiram no prazo de 1 (um) ano após a entrada em vigor desta Lei, independentemente de sua situação migratória prévia.

O trecho acima considera o fato de que muitos dos migrantes que vivem em território nacional permanecem indocumentados por não se encaixarem em hipóteses de regularização, e que poderiam, mesmo com a nova lei, não encontrar formas de serem regularizados. O resultado prático dessa situação não é a saída espontânea do migrante face à negativa de assimilação documental, ou ainda, a deportação promovida pelo Estado brasileiro. Na prática, os migrantes permanecem no Brasil mesmo sem documentos, o que lhes priva de uma série de direitos e de acessos a serviços básicos, inclusive privados, que prescindem da apresentação de documento válido de migrante. Ainda, estando indocumentados, os migrantes possuem menos formas de adimplir com seus deveres perante o Brasil.

Para ilustrar as situações acima, podemos citar os casos de migrantes que vivem no país e trabalham, falam português, pagam aluguéis, compram bens de consumo, mas não conseguem tirar a Carteira de Trabalho e Previdência Social, com a qual poderiam acessar o mercado formal de emprego, contribuindo, inclusive, para a seguridade social. Ainda, sem documentos válidos, migrantes não podem se matricular em instituições de ensino (inclusive privadas), o que pode obstruir o progresso profissional. Há de se mencionar também o direito à “bancarização”, isto é, acesso a serviços bancários, inclusive em instituições financeiras privadas, que constitui elemento básico na vida da maior parte da população brasileira, e ganha dimensão maior ainda na vida de migrantes quando consideramos que é frequente que essa população transacione remessas de dinheiro com o exterior,⁴ além da conveniência de acessar cartões de crédito e de não precisar guardar dinheiro em espécie em casa.

Inobstante as justificativas que embasaram o processo de criação da lei, a presidência justificou o veto:

O artigo concede anistia indiscriminada a todos os imigrantes, independentemente de sua situação migratória ou de sua condição pessoal, esvaziando a discricionariedade do Estado para o acolhimento dos estrangeiros. (BRASIL, 2017b).

Há de se considerar ainda, que a alegada “situação migratória” ou “condição pessoal” são questões às quais o governo brasileiro não dispõe de mecanismos para controle estrito, o que soma argumentos para que haja uma anistia daqueles ingressados no país até a data indicada no artigo. Os obstáculos em se verificar as questões acima decorrem, primordialmente, da dificuldade que o governo possui em exercer um pleno controle de fronteiras (BAENINGER, 2018, p. 604).

Os vetos foram uma derrota significativa no que diz respeito à construção de uma legislação que trate da questão migratória de maneira ampla e a partir da perspectiva de direitos humanos, mas mantiveram a essência do projeto votado pelo Congresso.

Do mesmo modo se esperava que o decreto regulamentador, publicado em 20 de novembro de 2017, seis meses após a lei, respeitando o período de *vacatio legis*, fosse uma construção gradual e com consultas públicas, em parceria com a sociedade civil e especialistas, que muito já haviam contribuído no processo de criação e tramitação da Lei de Migração.

No entanto, os dias para a entrada em vigor da Lei se exauriam e não havia notícias do decreto, salvo exceção de uma brevíssima consulta pública, a qual com a

⁴ <https://nacoesunidas.org/remessas-de-migrantes-aumentam-51-em-dez-anos-e-tiram-milhoes-da-pobreza-diz-estado/>.

publicação do decreto, foi possível constatar que as críticas e sugestões feitas não foram levadas em consideração. A Casa Civil da Presidência da República produziu um decreto regulamentador (9.199/2017) sem o devido diálogo e assimilação de pontos trazidos pela sociedade civil e especialistas em geral, contrariando o processo de construção da lei que regulamentaria e pior, trazendo trechos que iam contra a própria Lei n. 13.445/2017 (VENTURA *et al.*, 2017).

Podemos de início destacar o § 5º do art. 14 da Lei, que dispõe:

§ 5º Observadas as hipóteses previstas em regulamento, o visto temporário para trabalho poderá ser concedido ao imigrante que venha exercer atividade laboral, com ou sem vínculo empregatício no Brasil, desde que comprove oferta de trabalho formalizada por pessoa jurídica em atividade no País, dispensada esta exigência se o imigrante comprovar titulação em curso de ensino superior ou equivalente.

Aqui não cabe aprofundar o debate em torno da política migratória laboral brasileira, que pelo que depreendemos do trecho acima, prioriza o trabalhador com maior grau de instrução ou que já possui oferta de trabalho no Brasil, em detrimento daqueles que vêm em busca de emprego e que representam expressivo e, por vezes, o mais vulnerável contingente. Iremos, ao invés, tratar da regulamentação deste trecho, que segue:

Art. 38. O visto temporário para trabalho poderá ser concedido ao imigrante que venha exercer atividade laboral com ou sem vínculo empregatício no País.

§ 1º O visto temporário para trabalho com vínculo empregatício será concedido por meio da comprovação de oferta de trabalho no País, observado o seguinte:

I – a oferta de trabalho é caracterizada por meio de contrato individual de trabalho ou de contrato de prestação de serviços; e

O trecho acima não só acentua os problemas da migração laboral daqueles que saem de seu país de origem em busca de empregos, mas também vai contra a lei na medida em que “um contrato não constitui uma oferta e sim a consumação de uma relação trabalhista ou de prestação de serviços, o que por certo dificultará sobremaneira a obtenção de tal visto pelos migrantes” (VENTURA *et al.*, 2017).

Ainda, há de se mencionar que o Decreto n. 9.199/2017 não desempenhou por completo a sua função regulamentadora, na medida em que não a exauriu, deixando diversos trechos da Lei por serem regulamentados por atos futuros interministeriais ou da Polícia Federal ou, ainda, não fazendo menção de artigos que claramente carecem de regulamentação, tendo como exemplo mais notório o art. 120 da Lei:

Art. 120. A Política Nacional de Migrações, Refúgio e Apátrida terá a finalidade de coordenar e articular ações setoriais implementadas pelo Poder Executivo federal em regime de cooperação com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com participação de organizações da sociedade civil, organismos internacionais e entidades privadas, conforme regulamento.

O artigo supramencionado é de caráter extremamente importante em termos legislativos e práticos na medida em que institui a Política Nacional que deverá reger a migração, refúgio e apátrida no Brasil. Ainda, determina a participação da sociedade civil, organismos internacionais e outros atores que pela experiência da construção da lei e da gestão da questão migratória no país, se fazem de suma importância de estarem ao lado do governo para melhor desempenho desse. No entanto, o art. 120 da Lei não é sequer mencionado na regulamentação, o que nos permite concluir que o Decreto não só traz falhas por suas ações, mas também por suas omissões (VENTURA *et al.*, 2017), como aprofundaremos a seguir.

Merece também destaque a omissão cometida nos arts. 28º, V, e 133º, V, do Decreto, que não se incumbem de regulamentar o que seria o “ato contrário aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal”. Tal ato pode servir de justificativa para denegação de visto. Assim, vemos a Lei de Migração perder forças diante do *modus operandi* imposto pelo Estatuto do Estrangeiro que, apesar de revogado, deixa cultura subsistente que se manifesta em poderes discricionários que o governo cria para si no Decreto.

Por fim, há de se apontar a regulamentação em seu art. 172:

Art. 172. A entrada condicional no território nacional de pessoa que não preencha os requisitos de admissão poderá, na impossibilidade de retorno imediato do migrante impedido ou clandestino, ser autorizada pela Polícia Federal, por meio da assinatura de termo de compromisso, pelo transportador ou por seu agente, que assegure o custeio das despesas com a permanência e com as providências necessárias para a repatriação do migrante.

Neste trecho, temos a retomada do termo “clandestino” para referir-se a migrante em situação documental irregular, contrariando a construção léxica trazida pela nova Lei que reflete a lógica de não criminalização da migração, o que não se verifica ao ter o termo vulgar trazido de volta a uso, com o agravante de que ele sequer possui definição legal.

Assim, no que diz respeito aos vetos presidenciais e à regulamentação da Lei de Migração, podemos concluir que em grande parte contrariaram o processo participativo, plural e com o viés humanitário que foi a construção da Lei, impondo algumas derrotas e

retrocessos aos avanços conquistados. Em certa medida, desfiguraram a Lei e foram até contra ela, mas não o suficiente para que possamos considerar a sua entrada em vigor um grande avanço em termos de positivação e efetivação dos direitos humanos.

6. Conclusão

O Brasil é um Estado que ao longo de sua história sempre apresentou forte fluxo migratório. Inicialmente, por ocasião de sua colonização, houve um grande afluxo de portugueses e de africanos vítimas do tráfico de escravos. Posteriormente, já após a independência, buscou-se atrair certas nacionalidades com objetivo de ocupar seu extenso território, além de outros motivos menos nobres de “embranquecimento da pele brasileira”, o que resultou em uma política migratória bastante discriminatória. E, por fim, em anos recentes, uma significativa emigração de brasileiros em busca de melhores condições de vida, paralela à chegada ao Brasil de novas nacionalidades do Sul Global, além daquelas cujos fluxos permaneceram constantes e que possuem migração histórica.

Contudo, até 2017 a legislação migratória brasileira era bastante arcaica e não atendia às necessidades de um país que busca se inserir no cenário internacional político e que está inserido nos fluxos migratórios verificados ao redor do globo. Assim, após alguns anos de discussão, foi aprovada em 2017 a Lei de Migração que não só moderniza a legislação aplicável àqueles que pretendem estabelecer residência no país, como traz, ainda que de forma tímida, algumas diretrizes para a proteção de brasileiros residentes no exterior.

Com a aprovação da nova Lei de Migração, o Brasil deixou de lado uma norma pautada pela segurança nacional e distante do indivíduo, para estabelecer um novo marco mais consentâneo com os direitos humanos, tendo o ser humano como elemento central na formulação das políticas migratórias.

Nessa esteira, a Lei de Migração antecipou-se ao Pacto Global para as Migrações estabelecendo algumas diretrizes, como não criminalização da migração e a cooperação entre Estados de origem, trânsito e destino visando a proteção dos direitos humanos.

Contudo, apesar dos imensos avanços, a elaboração de uma regulamentação omissa e, por vezes, *contra legem* reduz de sobremaneira o alcance da nova Lei de Migração, perdendo-se, em parte, o espírito da novel legislação. Se por um lado a omissão confere maior dinamismo na evolução da legislação migratória ao permitir que Ministérios, individualmente ou em conjunto, atualizem a norma de forma célere, por outro, não só prejudica o acesso dos migrantes às regras estabelecidas e que aguardam regulamentação, como propicia um cenário de maior insegurança jurídica, com alterações

recorrentes em curto período de tempo, ou até mesmo omissões deliberadas, afastando a incidência de parte da Lei de Migração.

No entanto, os elementos trazidos pelo presente artigo nos permitem concluir que a mudança trazida pela Lei de Migração e seu Decreto Regulamentador foram bastante positivas, colocando o Brasil na vanguarda da legislação migratória mundial, inobstante pontos problemáticos do regulamento e os vetos presidenciais.

Ainda, há de se notar que a Lei institui diversas diretrizes que prescindem de políticas públicas para que sejam efetivamente cumpridas, de modo que é necessária a avaliação de que há um passo posterior à promulgação legislativa, que é o desenho e o procedimento institucional adequado para a efetivação dos direitos preconizados pelo texto legal, e quanto a isso é possível notar que os progressos são inúmeros, mas há muito ainda a ser feito.

Porém, deve-se reconhecer que um passo fundamental foi dado. Considerando que os fluxos migratórios são um fenômeno que tende a se intensificar no cenário mundial de curto e médio prazo, se faz fundamental para uma nação que procura se inserir no debate global, estar atualizada em termos legislativos e institucionais no que tange às questões de migração, e isso a Lei proporciona com razoável êxito, o que não exime, no entanto, a academia, sociedade civil, organismos internacionais e governo, de continuarem no processo de construção para que cada vez mais o Brasil tenha nos seus fluxos populacionais uma migração segura, ordenada e regular.

São Paulo, junho de 2019.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando Pompeo Pinto; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BAENINGER, Rosana *et al* (org.) *Migrações sul-sul*. 2. ed. Campinas, SP: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó”, 2018.

BAPTISTA, Rodrigo; VILAR, Isabela. Projeto da nova Lei de Migração segue para sanção presidencial. *Senado Notícias*, Brasília, DF, 19 abr. 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/04/18/projeto-da-nova-lei-de-migracao-segue-para-sancao-presidencial>. Acesso em: 24 maio 2019.

BOARINI, Julia. ‘Achei que era uma pedrada’, diz haitiano ferido em São Paulo. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 11 ago. 2015. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/08/1667058-achei-que-era-uma-pedrada-diz-haitiano-ferido-em-sao-paulo.shtml>. Acesso em: 22 jun. 2019.

BRASIL. Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017. Regulamenta a Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. *Portal da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 21 nov. 2017. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2017/decreto-9199-20-novembro-2017-785772-norma-pe.html>.

BRASIL. Decreto n. 86.715, de 10 de dezembro de 1981. Regulamenta a Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração e dá outras providências. *Portal da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 11 dez. 1981. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-86715-10-dezembro-1981-436282-norma-pe.html>.

BRASIL. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração, e dá outras providências. *Portal da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 21 ago. 1980. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-6815-19-agosto-1980-366138-norma-pl.html>.

BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. *Portal da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 25 maio 2017. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-veto-152813-pl.html>.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Estimativas populacionais das comunidades brasileiras no Mundo – 2015 (números atualizados em 29/11/2016). *Portal do Ministério das Relações Exteriores*, Brasília, DF, 2016. Disponível em: <http://www.brasileirosnomundo.itamaraty.gov.br/a-comunidade/estimativas-populacionais-das-comunidades/Estimativas%20RCN%202015%20-%20Atualizado.pdf>. Acesso em: 24 de jun. de 2019.

COSTA, Emily; FÉLIX, Jackson. Após ataques de brasileiros, 1,2 mil venezuelanos deixaram o país, diz Exército. *G1*, Boa Vista, RR, 19 ago. 2018. Disponível em <https://g1.globo.com/rr/roaima/noticia/2018/08/19/pacaraima-tem-ruas-desertas-apos-confronto-entre-brasileiros-e-venezuelanos.ghtml>. Acesso em: 22 jun. 2019.

DELFIN, Rodrigo Borges. Lei de Migração completa um ano; veja linha do tempo da sua tramitação. *MigraMundo*, [s. l.], 28 nov. 2018. Disponível em: <https://migramundo.com/lei-de-migracao-completa-um-ano-veja-linha-do-tempo-da-sua-tramitacao/>. Acesso em: 25 maio 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA ESTATÍSTICA (Brasil). *Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação*, Rio de Janeiro, 25 maio 2019. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html?utm_source=portal&utm_medium=popclock&utm_campaign=novo_popclock. Acesso em: 25 maio 2019.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *World migration report update: migration and migrants: Latin America*. Geneva, 2018. Disponível em: <http://publications.iom.int/books/world-migration-report-update-migration-and-migrants-latin-america>. Acesso em: 25 maio 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NAÇÕES UNIDAS. *Remessas de migrantes aumentam 51% em dez anos e tiram milhões da pobreza, diz estudo*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/remessas-de-migrantes-aumentam-51-em-dez-anos-e-tiram-milhoes-da-pobreza-diz-estudo/>. Rio de Janeiro, 22 out. 2017. Acesso em: 22 de jun. 2019.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

VENTURA, Deisy *et al.* Regulamento da nova Lei de Migração é contra *legem* e *praeter legem*. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 23 de nov. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-23/opinioao-regulamento-lei-migracao-praetem-legem>. Acesso em: 22 de jun. 2019.

