

UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SOCIEDADE E FRONTEIRAS

ALAN ROBSON ALEXANDRINO RAMOS

**RETIRADAS COMPULSÓRIAS DE ESTRANGEIROS DO BRASIL E A
CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Boa Vista/RR

2015

ALAN ROBSON ALEXANDRINO RAMOS

**RETIRADAS COMPULSÓRIAS DE ESTRANGEIROS DO BRASIL E A
CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociedade e Fronteiras, da Universidade Federal de Roraima, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Sociedade e Fronteiras.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Felipe Kern Moreira

Boa Vista/RR

2015

Dados Internacionais de Catalogação na publicação (CIP)
Biblioteca Central da Universidade Federal de Roraima

R175r Ramos, Alan Robson Alexandrino.
Retiradas compulsórias de estrangeiros do Brasil e a Convenção Americana
de Direitos Humanos / Alan Robson Alexandrino Ramos. -- Boa Vista, 2015.
113 f. : il

Orientador: Prof. Dr. Felipe Kern Moreira.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Roraima, Programa de
Pós-Graduação em Sociedade e Fronteiras.

1 - Estrangeiros. 2 – Retiradas compulsórias. 3 – Direitos humanos. 4 –I -
Título. II – Moreira, Felipe Kern (orientador).

CDU- 342.71

**RETIRADAS COMPULSÓRIAS DE ESTRANGEIROS DO BRASIL E A
CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada como pré-requisito para conclusão do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Sociedade e Fronteiras, da Universidade Federal de Roraima. Defendida em março de 2015 e avaliada pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Felipe Kern Moreira

Orientador / Curso de Relações Internacionais - UFRR

Prof. Dr. João Carlos Jarochinski Silva

Curso de Relações Internacionais - UFRR

Prof. Dr. Fernando César Costa Xavier

Curso de Direito - UFRR

Dedico este trabalho à minha filha Rafaela, à minha esposa Priscila e a toda minha família, sem a qual eu nada seria.

AGRADECIMENTOS

A todos os brilhantes seres humanos que compõem o Programa de Pós-Graduação em Sociedade e Fronteiras da Universidade Federal de Roraima, que colaboraram direta ou indiretamente na elaboração desta dissertação e na transformação deste autor em uma pessoa melhor.

RESUMO

A partir da pesquisa acerca dos Direitos Humanos, dos compromissos internacionais de Direitos Humanos assumidos pelo Brasil e da interpretação das normas e princípios de Direitos Humanos no país, foi explorada a consistência da Convenção Americana de Direitos Humanos com a política de Estado de retiradas compulsórias de estrangeiros do Brasil, de atribuição do Poder Executivo: deportação, expulsão, impedimento e repatriação.

Palavras-chaves: estrangeiros; retiradas compulsórias; direitos humanos.

ABSTRACT

The goal of this paper is to explore the consistency of Brazilians compulsory measures for foreigners: deportation, expulsion, impediment and repatriation, when these measures are compared to international human rights agreements signed by Brazil, as the American Convention on Human Rights. During this study, we will use as basis a survey on Human Rights.

Keywords: foreigners; coercive measures; human rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. RETIRADAS COMPULSÓRIAS DE ESTRANGEIROS DO BRASIL.....	14
1.1 MIGRAÇÕES CONTEMPORÂNEAS: REFERÊNCIAS INTRODUTÓRIAS.....	14
1.2 O BRASIL NO CONTEXTO DAS MIGRAÇÕES CONTEMPORÂNEAS.....	20
1.3 IMPEDIMENTO E REPATRIAÇÃO.....	23
1.4 DEPORTAÇÃO.....	34
1.5 EXPULSÃO.....	41
1.6 ASILO E REFÚGIO COMO IMPEDITIVOS DE RETIRADAS COMPULSÓRIAS....	48
2. COMPROMISSOS DE DIREITOS HUMANOS ASSUMIDOS PELO BRASIL, COM PARTICULAR ÊNFASE NO SISTEMA AMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.....	54
2.1 DIREITOS HUMANOS.....	54
2.2 ENGAJAMENTO BRASILEIRO NOS COMPROMISSOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.....	65
2.3 O BRASIL E O SISTEMA AMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.....	70
3. SOBRE A CONSISTÊNCIA DAS PRÁTICAS DE RETIRADAS COMPULSÓRIAS DE ESTRANGEIROS DO BRASIL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	75
3.1 REFLEXÕES SOBRE A PRÁXIS E AS NORMAS QUE REGULAMENTAM AS RETIRADAS COMPULSÓRIAS DE ESTRANGEIROS DO BRASIL.....	75
3.2 A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E AS INOVAÇÕES	

LEGISLATIVAS NO BRASIL EM REFORÇO AOS DIREITOS HUMANOS.....	81
3.3 REFLEXÕES SOBRE IMPEDIMENTO E REPATRIAÇÃO.....	89
3.4 REFLEXÕES SOBRE DEPORTAÇÃO E EXPULSÃO.....	93
4. CONCLUSÃO.....	102
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	105

INTRODUÇÃO

Esta dissertação de mestrado aborda as medidas de retiradas compulsórias de estrangeiros do Brasil de competência do Poder Executivo – impedimento, repatriação, deportação e expulsão em perspectiva com os compromissos internacionais de Direitos Humanos assumidos pelo Brasil, especificamente analisando-se as normas Convenção Americana de Direitos Humanos.

O primeiro capítulo trata do fenômeno das migrações contemporâneas no Brasil e das retiradas compulsórias de estrangeiros do país supracitado, efetivadas pelo Poder Executivo, sejam as medidas de atribuição dos servidores públicos da Polícia de Imigração (impedimento, repatriação, deportação), seja a medida de competência do Presidente da República (expulsão).

No segundo capítulo, são abordados os direitos humanos, bem como o engajamento brasileiro nos compromissos internacionais de direitos humanos, com ênfase na análise da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No terceiro capítulo, há o confronto entre a práxis das retiradas compulsórias de estrangeiros do Brasil e as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos, especificando-se inconsistências entre os dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos e a ação do Estado brasileiro e de seus servidores públicos na aplicação das retiradas compulsórias de estrangeiros do Brasil.

O Brasil recebe estrangeiros de vários países do mundo. Variados são os interesses que os trazem ao nosso país, seja para moradia definitiva, ou busca de melhores condições de vida. Variado também é o período em que o estrangeiro permanece no Brasil, destacando-se que, “nos últimos anos, a estabilização econômica e o crescimento voltaram a tornar o Brasil um país atraente para imigração, e passamos a ser local de destino de imigrantes de países vizinhos, como a Bolívia, e também de grupos vindos de países mais distantes, como os chineses, que já somam 250 mil no Brasil” (REIS, 2011, p. 48).

A migração mundial é multifacetada, sendo dificultoso o trabalho dos cientistas em elaborar uma teoria das migrações. A migração e o trânsito de estrangeiros no Brasil não são exceções, recebendo estrangeiros de vários outros países, por tempo variado e pelos mais diversos motivos.

Para ingressar e permanecer no território brasileiro, o estrangeiro deve cumprir requisitos legais para a regular entrada e estada regular. A legislação brasileira exige, a título

de documentação ordinária para ingresso regular no país, um passaporte válido ou documento oficial de identificação e, dependendo do país de origem do estrangeiro, o visto fornecido pelas autoridades consulares brasileiras.

Há países no mundo, alguns fazendo fronteira com o Brasil, que padecem de crises econômicas, sociais e políticas das mais variadas, onde há um forte estímulo à população buscar, em outras terras, novas oportunidades para o pleno desenvolvimento e a realização pessoal e familiar. Nem sempre há possibilidade de os migrantes entrarem no Brasil ou permanecerem em situação regular.

O Estado, o território, a soberania e suas exigências decorrentes são criações culturais históricas relativamente recentes. Tais entes, sob a ótica dos direitos humanos, existem em benefício do ser humano e têm a configuração atual desde a Revolução Francesa.

Historicamente o homem buscou novos lugares onde pudesse se desenvolver. É cediço que os estrangeiros, com os interesses mais variados, têm sua entrada vetada no Brasil, ou mesmo ingressam e permanecem de forma irregular no país, sem documentação ou com documentação incompleta ou mesmo exercendo atividade legalmente vedada ou indesejável ao Brasil. Aqui, perseguem sua sobrevivência como melhor alternativa do que encontravam nos seus países de origem ou de última procedência, em busca de condições que atendam a sua dignidade.

A lei federal nº 6.815, em vigor no Brasil desde 1980, é o Estatuto do Estrangeiro no Brasil e traz a norma jurídica de tratamento do fato social referente ao estrangeiro que deseja imigrar; ingressar; permanecer de forma irregular ou é indesejável ao Brasil. A lei tem como paradigma a segurança nacional, como aponta a literatura, por meio da qual se explica que esta legislação “foi criada em 1980, ainda na vigência do regime ditatorial no Brasil e se insere na lógica da ‘segurança nacional’ do período” (REIS, 2011, p. 59).

O tratamento atual das autoridades brasileiras ao fato social das migrações contemporâneas, em obediência à lei, envolve proibição de ingresso no país, aplicação de multa ou a retirada compulsória do estrangeiro, consistente na sua condução e entrega ao país de nacionalidade, de sua origem antes de entrar no Brasil ou ainda para outro país que consinta em recebê-lo. Há previsão legal de prisão do estrangeiro enquanto se efetiva a medida.

São espécies do gênero retirada compulsória de estrangeiros no país, previstas na legislação do Brasil: impedimento, repatriação, deportação, expulsão e extradição. Cada uma das medidas tem seus caracteres distintivos e envolve execução de atos por parte do Estado-polícia e do Estado-Juiz.

A extradição não será objeto desta pesquisa, por envolver minúcias que exigem estudo próprio. A extradição tem envolvimento obrigatório de dois países, o que solicita o envio do estrangeiro e o país que aceita o pedido e envia o estrangeiro. No Brasil, a extradição envolve os poderes Executivo e Judiciário, com características específicas que a difere das demais medidas compulsórias que são de competência exclusiva do Poder Executivo e serão abordadas nesta pesquisa: impedimento, repatriação, deportação e expulsão.

As retiradas compulsórias de estrangeiros do Brasil – deportação, expulsão e impedimento e repatriação - são realizadas diuturnamente pelo Poder Executivo brasileiro, com fundamento na soberania estatal. A expulsão é de competência do Presidente da República. O impedimento, a repatriação e a deportação são de competência das autoridades migratórias.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Ademais, a Carta Maior de 1988 prevê abertura do sistema jurídico para convenções e tratados internacionais de direitos humanos, e o Brasil está vinculado normativamente a compromissos internacionais de direitos humanos, que têm *status* supralegal no ordenamento jurídico pátrio.

No século XX, houve a internacionalização dos direitos humanos, sendo a dignidade do ser humano reconhecida em legislação internacional. Os procedimentos tomados pelas autoridades brasileiras na retirada compulsória de estrangeiros do país necessitam ser confrontados com estes compromissos internacionais de direitos humanos assumidos pelo Brasil e em específico com as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Analisar-se-á a consistência da *práxis* de retiradas compulsórias com as normas e princípios positivados na Constituição Federal de 1988, lei maior do país que alberga a dignidade da pessoa humana como fundamento de toda a ordem jurídica nacional e na Convenção Americana de Direitos Humanos, que possui *status* supralegal no ordenamento jurídico nacional.

Sopesar-se-ão princípios da soberania e segurança nacional ínsitos no paradigma da política de Estado de retirada compulsória de estrangeiros do Brasil com os compromissos de direitos humanos assumidos pelo Brasil.

A análise desta pesquisa perpassa pela consistência da política de Estado de retirada compulsória de estrangeiros do país dentro do conjunto do ordenamento jurídico brasileiro, albergando compromissos internacionais do Estado brasileiro.

O tratamento profissional, mormente dos órgãos policiais do Estado brasileiro, quanto às retiradas compulsórias de estrangeiros no país, é de exposição do fato social e jurídico.

Demonstrada a existência de fato social: estrangeiros irregulares, indesejáveis, inconvenientes, nocivos ou indocumentados no país, o agente estatal do Poder Executivo faz a subsunção a uma das hipóteses legais e métodos de retirada compulsória do irregular do país: impedimento, deportação, expulsão e repatriação, com fundamento na legislação ordinária de 1980, que tem a segurança nacional como paradigma.

Os servidores públicos que atuam nas retiradas compulsórias são cumpridores da política estatal, exposta no texto da lei 6.815/80. Os agentes estatais são doutrinados para não permitirem a entrada no território ou retirarem compulsoriamente do país os estrangeiros que não cumprirem os requisitos legais. A legislação dá ao agente público ampla discricionariedade em sua decisão sobre a aplicação da lei, usando termos como “conveniência” da aplicação da medida diante da “nocividade” do estrangeiro.

A lei pode estar sendo cumprida pelos agentes do Estado, sem análise detalhada de valores ou princípios que a orientam ou da particularidade do estrangeiro submetido às autoridades estatais, ou mesmo sem a devida análise das normas da Convenção Americana de Direitos Humanos ou outros compromissos internacionais de direitos humanos assumidos pelo Brasil que eventualmente estejam subsumidos ao caso concreto.

O servidor público é dogmático no cumprimento da legislação, não podendo se desviar dos seus estritos ditames, mesmo sob razões humanitárias ou lastreado em princípios constitucionais ou de direitos humanos internacionais que não são aplicáveis diretamente ao caso concreto sob exame.

A legislação brasileira – estatuto do estrangeiro – é do ano de 1980 e não previu o contexto fático mundial atual, que envolve extrema facilidade e diminuição dos custos de comunicação e transporte entre os países. A análise do fato, neste século XXI, exige o reconhecimento da internacionalização dos direitos humanos, com compreensão universal dos direitos humanos, mormente no Brasil, onde tal previsão é cláusula constitucional e decorrente de compromissos internacionais.

Traçar-se-á o panorama da política pública nacional de retirada compulsória de estrangeiros do Brasil, avaliando sua consistência com a Convenção Americana de Direitos Humanos, com compreensão do histórico dos direitos humanos e da práxis jurisdicional da retirada compulsória de estrangeiros do Brasil.

1. RETIRADAS COMPULSÓRIAS DE ESTRANGEIROS DO BRASIL

Este capítulo se propõe a abordar aspectos introdutórios das migrações, as migrações contemporâneas no Brasil, bem como a práxis e a regulamentação legal das retiradas compulsórias de estrangeiros do Brasil de atribuição do Poder Executivo: impedimento, repatriação, deportação e expulsão.

1.1 MIGRAÇÕES CONTEMPORÂNEAS: REFERÊNCIAS INTRODUTÓRIAS.

A realidade no século XXI é a facilidade para a mobilidade de pessoas no mundo. Estima-se em 3% a população migrante no globo (VENTURA, 2012), mas há de se destacar que, sobre os índices relativos à migração internacional, é “difícil colher e divulgar dados e informações constituídos a partir de uma análise quantitativa rigorosa” (XAVIER, 2021, p. 15). E é sobre estes migrantes, sem número certo, mormente quando irregulares, que podem ser aplicadas as medidas de retiradas compulsórias.

O direito de migrar está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Artigo 13.

1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.
2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar. (ONU, 1948)

Nada obstante esta clara previsão do direito de migrar em norma internacional, a realidade é que a migração é restrita pelos Estados.

a implementação desses direitos continua basicamente dependente do Estado, e, no caso específico das migrações internacionais, do Estado receptor. Vale dizer que o direito de ir e vir no âmbito internacional – o direito de imigrar – não é reconhecido como um direito humano. (REIS, 2004, p. 159)

As migrações são fenômenos sociais e são estudados por várias áreas das ciências humanas e sociais. Nas fronteiras terrestres ou aeroportos dos Estados nacionais, o estrangeiro se submete às autoridades de imigração dos países para solicitar permissão para entrada regular no seu território. Trata-se de um momento crucial no processo migratório ou

no trânsito de pessoas entre países. É o primeiro contato do estrangeiro com o Estado no qual deseja ingresso.

Categoriza-se como pessoas migrantes, segundo a Organização Mundial para as Migrações, o imigrante (aquele que ingressa num país estrangeiro), emigrante (o que deixa seu país de origem), retornados (o nacional de um país, que emigra e posteriormente retorna a seu país), o transfronteiriço (“principalmente em relação aos povos indígenas que vivem em regiões que transpassam fronteiras e que mantêm seus referenciais étnicos, históricos e significativos do que foram, há séculos, suas territorialidades grupais e particulares, antes dos processos de colonização do que hoje se conhece como a América Latina” (BRASIL, 2013a) e o refugiado (aquele que solicita refúgio com fundamento no tratado internacional e legislação interna própria sobre refúgio, mormente por perseguição no país de origem).

Os conceitos sedimentados na ciência apontam o termo migração para o trânsito de pessoas no globo, por um espaço considerável e período de tempo longo. Breves deslocamentos ou mudanças de residência que não envolvam alteração de cidade ou de região metropolitana não são consideradas migrações. Há variação conceitual aplicável àqueles que transitam entre duas cidades, mesmo estando em países diferentes, em momentos diferentes do dia ou da semana, considerados como migrantes pendulares ou mesmo desconsiderados como migrantes.

Em relação ao objeto desta pesquisa, interessam as pessoas em trânsito por fronteiras políticas de Estados-nações, que ultrapassam barreiras políticas, mesmo que em breves períodos, para fins de negócios, lazer, turismo ou quaisquer interesses que as levem a outras pátrias que não a de sua nacionalidade. Tais pessoas estão sujeitas às retiradas compulsórias.

Os mapas dos Estados-nações foram desenhados após a primeira guerra mundial. Na América do Sul, os países pós-coloniais vêm se sedimentando como nações. Os Estados-nações são criações relativamente recentes (HOBSBAWN, 1990, p. 30).

Quaisquer que sejam os interesses ou período de estada do estrangeiro no país de destino, a decisão pela negativa de entrada do estrangeiro emitida pelas autoridades de imigração de um país culmina na impossibilidade de entrada no território daquele país e conseqüente impossibilidade do exercício de quaisquer projetos do estrangeiro naquele território de destino. A decisão pela negativa da entrada do estrangeiro culmina no seu retorno e no fim de quaisquer que sejam seus planos no país de destino.

Durante a tentativa de ingresso e após a incursão no país, o estrangeiro pode ser submetido às retiradas compulsórias pelas autoridades do país de destino. No Brasil, são retiradas compulsórias: impedimento, repatriação, deportação, expulsão e extradição.

A extradição não é objeto deste trabalho, por opção metodológica, em razão de suas características próprias que a difere das demais retiradas, exigindo, assim, análise própria, mais densa e minuciosa sobre sua ontologia e características. Sobre a extradição, o Ministério da Justiça do Brasil publicou em manual completa lista de acordos internacionais com vários países para “democratizar os conceitos e as bases legais deste instituto” (BRASIL, 2012a).

O mundo globalizado, com a facilitação e a diminuição de custos dos transportes, estimula a migração de pessoas entre os países do mundo. Vedovato explana que “a economia global e a integração cultural, além dos tratados internacionais, estão claramente minando a soberania plena do Estado, e a chamada lealdade exclusiva do indivíduo a um Estado” (2013, p. 18).

A globalização é conceito não imune a divergências e críticas, mormente quando o conceito está ligado às correntes migratórias. Cançado Trindade aduz, em tom crítico à globalização, que:

En tiempos de la así-llamada "globalización" (el neologismo disimulado y falso que está de moda en nuestros días), las fronteras se han abierto a los capitales, bienes y servicios, pero se han tristemente cerrado a los seres humanos. El neologismo que sugiere la existencia de un proceso que abarcaría a todos y del cual todos participarían, en realidad oculta la fragmentación del mundo contemporáneo, y la exclusión y marginación sociales de segmentos cada vez mayores de la población. El progreso material de algunos se ha hecho acompañar por las formas contemporáneas (y clandestinas) de explotación laboral de muchos (la explotación de los migrantes indocumentados, la prostitución forzada, el tráfico de niños, el trabajo forzado y esclavo), en medio al aumento comprobado de la pobreza y la exclusión y marginación sociales. (CIDH, 2003)

Xavier destaca, no mesmo sentido, a

vulneração da condição do migrante, pois, não obstante se possa perceber a multiplicação vertiginosa de bens e serviços que asseguram melhorias no bem-estar, ele (migrante) resta se enquadrando ao contingente de pessoas que permanecem à margem das benesses da globalização da economia e da tecnologia. (XAVIER, 2012, p. 16)

No contexto citado, no fluxo de pessoas no mundo globalizado, há necessidade do reforço dos direitos humanos e o declínio das soberanias:

A globalização do trânsito e da comunicação, da produção econômica e de seu financiamento, da transferência de tecnologia e poderio bélico, em especial dos riscos militares e ecológicos, tudo isso nos coloca em face de problemas que não se podem mais resolver no âmbito dos Estados nacionais, nem pela via habitual do acordo entre Estados soberanos. Salvo melhor juízo, tudo indica que continuará avançando o esvaziamento da soberania de Estados nacionais, o que fará necessária uma reestruturação e ampliação das capacidades de ação política em um plano

supranacional que, conforme já vínhamos observando, ainda está em fase incipiente. Na Europa, na América do Norte e na Ásia, estão se constituindo formas de organização supra-estatal para ‘regimes’ continentais, que poderiam até mesmo ceder a infra-estrutura necessária às Nações Unidas, ainda hoje muito ineficientes. (HABERMAS, 2002, p.123)

Com o viés de segurança nacional para aplicação de medidas compulsórias, cabe destacar que “a conexão entre migrações internacionais e segurança tem desempenhado um papel cada vez mais importante na vida política e social de diversos países do mundo” (BRANCANTE, 2009, p. 75).

Cançado Trindade explica o conceito de migrar contido da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no sentido de:

A pesar de encontrarse hoy día reconocido el derecho a emigrar, como corolario del derecho a la libertad de movimiento, los Estados todavía no han reconocido el derecho correlato de inmigrar, creando así una situación que ha generado incongruencias y arbitrariedades, muchas veces afectando negativamente el debido proceso legal. Al perpetuar, de ese modo, las incertidumbres e inconsistencias, los Estados responsables por esta situación han dejado de actuar a la altura de SUS responsabilidades como sujetos del Derecho Internacional, el derecho de gentes. Y han creado más problemas tanto para numerosos individuos directamente afectados como, en última instancia, para sí mismos, al contribuir indirectamente para la formación de los flujos de inmigrantes ilegales. (CIDH, 2003)

Ravestein já apontava, em seu estudo do fim do século XIX, sobre os estrangeiros migrantes, que, entre “os motivos que os levaram a abandonar o lar, encontraremos também gama muito variada. Na maior parte dos casos, porém, a resposta estará associada à busca de trabalhos mais remuneradores e atraentes do que os disponíveis nos locais de nascimento.” (1980, p. 43), ratificando que, à época, os “condados de absorção” correspondiam às cidades mais desenvolvidas, centros comerciais e industriais, concluindo que as migrações, em maioria, davam-se por razão de negócios.

A explicação da migração econômica unicamente de países pobres para países ricos não mais é suficiente no século XXI, pois as migrações “muitas vezes fogem ao padrão de deslocamento no sentido Sul-Norte – isto é, partindo das regiões pobres da América Latina e da África para países ricos do Atlântico Norte” (XAVIER, 2012, p. 40). Na segunda década do século XXI, há múltiplas influências que explicam as migrações de seres humanos no mundo. Joaquin Arango, pesquisador espanhol sobre o tema migrações, destaca as “múltiplas facetas del fenómeno” (ARANGO, 2003, p.1) das migrações contemporâneas.

Arango detalha que as teorias científicas das migrações tiveram paradigma inicial de estudo com as obras de Ravestein, de 1889; Znaniecki, de 1920 e de Lee, de 1965, mas o

início de uma teoria das migrações se deu com a explicação neoclássica, em meados do século XX, “basado em principios tan conocidos como la elección racional, la maximización de la utilidad, los rendimientos netos esperados, la movilidad de factores y las diferencias salariales.” (ARANGO, 2003, p. 3), com justificativa eminentemente econômico-utilitária para as migrações transnacionais, com lastro em desigualdades de capital e trabalho no mundo, tendo como finalidade a eliminação das diferenças salariais em todo o mundo.

Como fenômeno, as migrações são mais antigas que os Estados-nações, pois

[...] quando na era pré-nacional encontramos o que hoje seria classificado como um movimento popular autônomo de defesa nacional contra invasores estrangeiros, como na Europa central dos séculos XV e XVI, sua ideologia parece ter sido social e religiosa, mas não nacional. (HOBSBAWM, 1990, p. 89)

No campo das teorias relativas às migrações, a explicação teórica neoclássica considerava o microcosmo do migrante, o ator racional que busca

aumentar su bienestar al trasladarse a lugares donde, la recompensa por su trabajo, es mayor que la que obtienen em su país, em uma medida suficientemente alta como para compensar los costes tangibles e intangibles que se derivan del desplazamiento. (ARANGO, 2003, p. 4)

O desenvolvimento econômico desigual no mundo, como característica macro, e as necessidades individuais do migrante, que buscava melhores condições de vida que tinha em sua pátria de origem, estavam abarcados na teoria neoclássica do fenômeno migratório, em meados do século XX. Entretanto, a teoria neoclássica não mais dava explicação a fenômenos migratórios no terceiro quarto do século XX, com a “heterogeneidad y complejidad del fenómeno” (ARANGO, 2003, p. 7), sendo necessário explicar os motivos de haver tão poucos migrantes internacionais, mesmo diante de tamanha desigualdade no mundo. Ademais, não se explicavam as migrações díspares entre países em mesma situação econômica e com as mesmas oportunidades de trabalho.

Um exemplo de fenômeno não explicado na teoria neoclássica é o das barreiras políticas impostas pelos países, que limitam severamente migrações no mundo. Ademais, é fundamental analisar as condições de vida às quais estão submetidos os migrantes no país de destino.

As barreiras políticas têm sido reforçadas com o argumento de proteção ao trânsito de terroristas e outros crimes transnacionais.

Nos últimos anos, por conta da ascensão do terrorismo na agenda dos estudos de segurança, muitas propostas têm sido feitas no sentido de aumentar o controle sobre a imigração, cada vez mais identificada como parte do problema, e muitos autores têm defendido a perspectiva de uma política de migração baseada nos direitos humanos, ao invés de uma política de repressão, como melhor forma de lidar com a questão (BRANCANTE, 2009, p. 94)

É a heterogeneidade que marca as migrações no final do século XX e no século XXI, pois “Em muchos países, las migraciones laborales – para el asentamiento indefinido – han dejado de ser predominantes, siendo substituídas por nuevas formas de migración, basadas em títulos habilitantes o corrientes irregulares y tráfico clandestinos.” (ARANGO, 2003, p. 11).

Com a globalização hodierna, destacam-se as redes migratórias, pois as facilidades de comunicação com uso da rede mundial de computadores e seus consectários: blogs, redes sociais, tradutores *online*, imagens de satélite, comunicadores instantâneos em *smartphones* e computadores, reforçam os instrumentos das redes

como conjuntos de relaciones interpersonales que vinculan a los inmigrantes, a emigrantes retornados o a candidatos a la emigración com parientes, amigos o compatriotas, ya sea em el país de origen o em el de destino. Las redes transmiten información, proporcionan ayuda económica o alojamiento y prestan apoyo a los migrantes de distintas formas.
(ARANGO, 2003. p. 19)

A globalização traz reforços não só nos fluxos migratórios, mas também na consciência dos direitos inerentes à pessoa migrante, do saber difundido sobre os direitos humanos:

A crescente universalização do acesso às fontes de informação e a confrontação imediata com acontecimentos em qualquer parte do mundo gerou um adensamento da consciência individual e coletiva sobre os direitos humanos, assim como a ampliação das reivindicações de acesso aos valores por eles proclamados. No plano dos indivíduos e dos grupos sociais, tal como projetado pelas ONGs, os direitos humanos se apresentam como objetivos de conteúdo inexaurível. (SABOIA, 1998)

Arango conclui seu estudo sobre teoria das migrações afirmando a “fragilidade epistemológica” das teorias, pois “Las migraciones son demasiado diversas y multifacéticas y muy variados los contextos em los que se producen como para que una única teoria pueda explicarlas” (ARANGO, 2003, p. 26). Portanto, as tentativas teóricas de explicar as migrações apresentam tantas luzes quanto sombras, diante de tamanha diversidade do objeto de estudo. As teorias migratórias tanto explicam quanto ocultam, demonstrando as dificuldades de se teorizar sobre as migrações contemporâneas, diante da extrema heterogeneidade do fenômeno

social. A literatura nacional também aponta para a diversidade do objeto de estudo das migrações.

As pesquisas sobre migrações tendem a ser bastante polarizadas, principalmente devido à centralidade política que o tema adquiriu em alguns países. A ênfase da literatura recai, alternativamente, na precarização do trabalho ou na complementaridade de interesses entre migrantes e empregadores que necessitam de mão de obra barata; no tráfico de mulheres ou no seu empoderamento pelas migrações; no impacto positivo para o desenvolvimento via remessas ou negativo devido ao *brain drain*. A literatura sobre migrações transnacionais tem o mérito de mostrar que, a despeito de visões preconceituosas do senso comum, os novos migrantes não são ‘vítimas da miséria’, mas agentes que constroem seus planos e mobilizam recursos para a sua realização; as trajetórias migratórias são a face mais visível de tais projetos de vida (PRETURLAN, 2012, p. 17).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, após discutir caso que envolvia óbices impostos pela Costa-Rica para concessão de nacionalidade a estrangeiros casados com costariquenhos(as), uma das muitas problemáticas a serem sanadas em razão das migrações contemporâneas, conceituou nacionalidade em um de seus julgados, aduzindo que

La nacionalidad puede ser considerada como el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática. Con distintas modalidades, la mayoría de los Estados han establecido la posibilidad de que personas que no tenían originalmente su nacionalidad puedan adquirirla posteriormente, en general, mediante una declaración de voluntad manifestada previo cumplimiento de ciertas condiciones. La nacionalidad, en estos casos, no depende ya del hecho fortuito de haber nacido en un territorio determinado o de nacer de unos progenitores que la tenían, sino de un hecho voluntario que persigue vincular a quien lo exprese con una determinada sociedad política, su cultura, su manera de vivir y su sistema de valores. (CIDH, 1984)

Com tantas luzes quanto sombras no tema migrações e também com a cada vez maior facilidade de comunicações para a construção de redes entre migrantes e, ainda, com a diminuição das distâncias entre os países, em decorrência das tecnologias, novas e menos onerosas formas de transporte de pessoas, a nacionalidade, a soberania e a teoria das migrações se (re)constroem e transmudam *pari passu* à globalização.

1.2 O BRASIL NO CONTEXTO DAS MIGRAÇÕES CONTEMPORÂNEAS

A população migrante no Brasil ou *stock* de estrangeiros (estrangeiros no território brasileiro) é estimada pelo Ministério da Justiça do Brasil em 1% da população total do país.

Sobre esses números ou porcentagem, “não há consenso acadêmico nem governamental sobre a quantidade exata dos milhões de brasileiros que vivem fora do país, também não se pode aproximar de uma estimativa mensurada da quantidade de cidadãos de outras nacionalidades que fixaram residência no país” (BRASIL, 2013a). Os números não abarcam as migrações irregulares, de difícil, senão impossível, mensuração. Mas há indicativos científicos na contagem dos migrantes:

Em 2000, o Informe sobre las Migraciones en el Mundo produzido pela Organização Internacional das Migrações (OIM) registrava a existência de 150 milhões de migrantes no mundo ou de pessoas que vivem em um país diferente daquele em que nasceram. Essa soma alcança, na atualidade, 214 milhões, segundo edição de 2010 do mesmo relatório, o qual estima que uma em cada seis pessoas no mundo é migrante. (COGO e SOUZA; 2013, p. 15)

No ano de 2009, a lei federal 11.961/09 permitiu a regularização de estrangeiros irregulares no Brasil, com obtenção de residência provisória. Foi a chamada “Lei da Anistia”, norma que permitiu aferir número aproximado de estrangeiros que se encontravam irregulares no Brasil e se interessaram em buscar os órgãos públicos para tornar sua estada regular no país.

Foram beneficiados pela lei 41.816 estrangeiros irregulares no Brasil, em sua maioria, bolivianos (16.881), chineses (5.492), peruanos (4.642) e paraguaios (4.135). (BRASIL, 2011).

Para ingressar e permanecer no território brasileiro, o estrangeiro deve cumprir requisitos legais para a regular entrada e a estada regular no país. Ademais, o Estado brasileiro, em sua política pública concernente ao estrangeiro, estipula, como uma das primeiras condições para ingresso no país, a entrada por ponto regular de fiscalização.

Quanto aos requisitos para a migração de estrangeiros para o Brasil:

De forma geral, os requisitos dizem respeito a disponibilidade de renda, qualificações profissionais e considerações a respeito do mercado de trabalho, já que a migração admitida por excelência para o Brasil de hoje é a de trabalhadores formais. Para os trabalhadores sem qualificação é difícil conseguir um visto de trabalho, uma vez que toda a legislação volta-se ao profissional qualificado. A situação é diferente apenas nos casos em que há acordos regionais ou bilaterais que atenuem os requisitos para a obtenção de documentos brasileiros, ou quando o documento é obtido por meio de anistias. (BRASIL, 2011, p. 36)

Várias são as teorias para explicar as migrações humanas no mundo, vários olhares de diferentes perspectivas para explicar o fenômeno migratório mundial. No Brasil, as migrações também têm variação na história.

[...]o Brasil tem-se posicionado também como um país de imigração que se formou historicamente pela presença das imigrações européias que chegaram ao país no final do século XIX e início do século XX. Mais recentemente, o país começa novamente a se posicionar, ainda que de modo gradual, como país de imigração tornando-se, principalmente a partir de 2008, destino de migrantes transnacionais. (COGO e SOUZA; 2013, p. 18)

A Organização Internacional para as Migrações aponta que o Brasil

é um país que possui uma percepção mundial de proporcional acolhida ‘cordial’ aos cidadãos das origens mais diversas. Todavia, possui uma Lei do Estrangeiro que, devido ao contexto de final da ditadura militar em que foi criada, caminha para unanimidade de necessidade de sua reformulação (BRASIL, 2013a).

Sobre a acolhida cordial brasileira, podemos cotejar com a cordialidade oficial brasileira nas relações internacionais, que “remete – em Buarque de Hollanda e Oswald de Andrade e, talvez, em Cervo – a elementos matriciais do *ser* brasileiro” (MOREIRA, 2013, p. 36).

No Brasil, a política de imigração é de responsabilidade do Conselho Nacional de Imigração, vinculado ao Ministério do Trabalho e regulado pelo Decreto 840/93. Apresenta como competências o cerne da política migratória brasileira, consistente no levantamento de “necessidades de mão-de-obra estrangeira qualificada, para admissão em caráter permanente ou temporário” e ainda “estabelecer normas de seleção de imigrantes, visando proporcionar mão-de-obra especializada aos vários setores da economia nacional e captar recursos para setores específicos “ (BRASIL, 1993).

As retiradas compulsórias – impedimento, repatriação, deportação e expulsão - são aplicadas apenas a estrangeiros no Brasil. O conceito jurídico de estrangeiro é dado a *contrario sensu* daquele que é caracterizado como nacional na lei maior do país – Constituição Federal de 1988:

Artigo 12. São brasileiros:

I - natos:

- a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
- b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;
- c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;

II - naturalizados:

- a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;
 - b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.
- (BRASIL, 1988)

Os artigos 111 e seguintes da lei 6.715/80 (BRASIL, 1980) trazem os requisitos para a aquisição de nacionalidade brasileira. O Brasil convive, no trato do migrante e do fenômeno das migrações contemporâneas, com uma legislação ordinária do início da década de 1980, com paradigma de segurança nacional (BRASIL, 2014a; XAVIER, 2012, p. 18; DOLINGER, 2011, p. 185), em conjunto com uma Constituição Federal de 1988, com paradigma da proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana. A Carta Maior do Brasil é reforçada por normas internacionais de direitos humanos decorrentes de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, que integram a ordem jurídica nacional com *status* supralegal ou constitucional.

1.3 IMPEDIMENTO E REPATRIAÇÃO

Em 10 de junho de 2014, a Polícia Federal do Brasil publicou, em seu site oficial na internet, a notícia com o título “Torcedor Impedido”¹, na qual narrou que:

A Polícia Federal no Aeroporto Internacional de Cumbica/Guarulhos, inadmitiu nesta segunda-feira, 9, a entrada de um torcedor argentino cujo nome constava em uma lista de integrantes do grupo Barra Brava, conhecido por atos violentos em jogos de futebol.¹

Em 02 de julho de 2014, nova notícia na página oficial da Polícia Federal brasileira na Internet afirmava que “A Polícia Federal impediu, na madrugada desta quarta-feira, 02/07, a entrada de nove argentinos no Brasil através de Foz do Iguaçu”², tendo como fundamento da medida de impedimento de ingresso no Brasil o fato de que os “argentinos estavam ameaçando e injuriando passageiros brasileiros e um deles chegou a agredir um dos motoristas.”²

¹ <http://www.dpf.gov.br/agencia/noticias/2014/06/nota-a-imprensa-torcedor-impedido>. Consulta em 13/06/2014;

Esta espécie legal de vedação de entrada do estrangeiro no território brasileiro, efetivada pelo agente de imigração, é chamada de “impedimento” e culmina na retirada compulsória do estrangeiro do território do país, a “repatriação”. O impedimento e a repatriação são corolários da soberania (DOLINGER, 2011, p. 191). A soberania é o poder de império, único, exercido pelo Estado em seu território e ainda se manifesta como independência perante os demais Estados. Nesse poder se incluem as medidas de retirada compulsória de estrangeiros do país, das quais o impedimento e a repatriação são espécies. A soberania é fundamento da República Federativa do Brasil, inscrito no artigo 1º, I da Constituição Federal brasileira.

O trânsito de pessoas entre países não é livre de controles. Quanto aos obstáculos da imigração, “podem-se interpor barreiras físicas reais, como o ‘Muro de Berlim’, ou leis de migração que visem a limitar o movimento” (LEE, 1980, p. 102). Em recorte do estado federado de Roraima, o primeiro obstáculo ao migrante internacional que intenciona ingressar no território do Brasil, de forma legal, a partir da República Bolivariana da Venezuela, ou República Cooperativista da Guiana, nas fronteiras com o estado de Roraima, é a passagem por um dos pontos oficiais de fiscalização. É o obstáculo previsto no artigo 22, da lei 6.815/90: “A entrada no território nacional far-se-á somente pelos locais onde houver fiscalização dos órgãos competentes dos Ministérios da Saúde, da Justiça e da Fazenda.” (BRASIL, 1980).

O estado federado de Roraima tem extensa fronteira de 1.922 quilômetros com a Venezuela e Guiana, e existem apenas dois pontos oficiais de entrada regular no país, localizados às margens das rodovias federais BR-174, fronteira com a Venezuela, e BR-401, fronteira com a Guiana.

Sobre a entrada de estrangeiros no Brasil e retiradas compulsórias, Rezek aponta, em leitura conservadora, que “nenhum Estado é obrigado, por princípio de direito das gentes, a admitir estrangeiros em seu território” (REZEK, 2011, p. 226), ressalvando que, “a partir do momento em que admite o nacional de outro país no âmbito espacial de sua soberania, tem o Estado, perante ele, deveres resultantes do direito internacional...” (REZEK, 2011, p. 226). Portela destaca que “os atos pelos quais os não-nacionais são admitidos em outro país são discricionários” (PORTELA, 2010, p. 256).

O “impedimento” de ingresso do estrangeiro no Brasil é regulado em específico nos artigos 26 e 27 da lei 6.815/80 e artigos 51 a 55 do Decreto 86.75/81, que regulamenta a lei

² <http://www.dpf.gov.br/agencia/noticias/2014/07/pf-prende-um-argentino-e-impede-entrada-de-outros-nove-em-foz-do-iguacu>. Consulta em: 02/07/2014

6.815/80. A repatriação é tratada pela doutrina e pelo governo brasileiro como espécie de retirada compulsória de estrangeiros do Brasil³, decorrente da decisão de impedimento da entrada do estrangeiro no Brasil.

O Ministério da Justiça assim caracteriza, em sua página oficial da rede mundial de computadores, o impedimento e a repatriação:

Ocorre quando o clandestino é impedido de ingressar em território nacional pela fiscalização fronteiriça e aeroportuária brasileira. A repatriação ocorre a expensas da transportadora ou da pessoa responsável pelo transporte do estrangeiro para o Brasil. É repatriado o estrangeiro indocumentado ou que não possui visto para ingressar no País ou aquele que apresenta visto divergente da finalidade para a qual veio ao Brasil.³

O Ministério da Justiça não esgotou em seu conceito as hipóteses de impedimento e repatriação. O impedimento não é aplicado apenas às duas possibilidades mencionadas: “clandestino” ou “estrangeiro indocumentado ou que não possui visto para ingressar no País ou aquele que apresenta visto divergente da finalidade para a qual veio ao Brasil”.

O impedimento de torcedores integrantes de torcidas organizadas publicamente conhecidas por atos de violência em estádios de futebol, acima noticiados, é hipótese fática não prevista no sítio de internet do Ministério da Justiça.

Especificamente para torcedores violentos, houve normatização infralegal, por meio de portaria do Ministério da Justiça do Brasil, durante a Copa do Mundo FIFA do ano de 2014, que determinou “medida de impedimento de ingresso no país de pessoa que conste no Sistema Nacional de Procurados e Impedidos como membro de torcida envolvida com violência em Estádios” (BRASIL, 2014c).

Há algumas outras hipóteses de impedimento e repatriação, entre as quais destacaremos as possibilidades em que o agente público de imigração tem ampla liberdade na decisão administrativa, com base na soberania, do impedimento e repatriação de estrangeiros.

Necessária a diferenciação dos institutos da repatriação e da deportação, ambas as espécies de retiradas compulsórias de estrangeiros do Brasil.

Na deportação, o estrangeiro efetivamente já ingressou no território nacional e é flagrado irregularmente no país, seja por ilicitude na entrada no país, sem o cumprimento dos mandamentos legais, seja por problema ulterior à entrada no Brasil, como a superação do

³ <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={0428DBCE-69A9-4197-B4FF-849D177F9B7E}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B4435D351-900E-4733-B606-15FBCDC76101%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. . Consulta em: 13/06/2014

prazo concedido pelos agentes de imigração para a estada regular no Brasil ou exercício de atividade discrepante da autorização para estada no Brasil. Constatada a irregularidade, é executada a retirada compulsória do estrangeiro do Brasil, consistente na deportação.

A repatriação ocorre no exato momento da tentativa de entrada e regularização do estrangeiro no Brasil. Apresentando-se ao agente de imigração, o estrangeiro pode ter seu ingresso vetado no território brasileiro, gerando uma das hipóteses legais de “impedimento” e sendo determinado seu retorno, sua retirada compulsória do Brasil, sendo consequência sua repatriação, impossibilitando a entrada ou a estada do estrangeiro no Brasil.

A decisão acerca da permissão de entrada do estrangeiro no Brasil ou o atendimento do estrangeiro em quaisquer demandas de seu interesse, como refúgio, asilo ou obtenção de documento de fronteiro, é do agente de imigração, nos termos do artigo 26, em consonância com artigo 7º da lei de imigração (BRASIL, 1980).

Os procedimentos de imigração no Brasil são de atribuição da Polícia Federal, que são exercidos através de atos de um Agente de Polícia Federal, sob supervisão de um Delegado de Polícia Federal, chefe da Delegacia de Imigração.

Os agentes públicos baseiam sua decisão administrativa na lei número 6.815, publicada em 1980 (BRASIL, 1980), no Decreto 86.715/1981 (BRASIL, 1981) e ainda na Instrução Normativa nº 72/2013-DG/DPF, de 5 de junho de 2013, norma que regulamenta os atos internos dos servidores da Polícia Federal no que concerne aos procedimentos de controle migratório.

Em algumas hipóteses de impedimento de estrangeiros constantes na lei, há ampla discricionariedade ao policial federal, ao decidir sobre a entrada regular do estrangeiro no Brasil, no posto oficial de fiscalização. Há termos legais abertos, subjetivos, que fundamentam decisão do agente público, que decide se a entrada do estrangeiro atende “interesses nacionais”, nos termos do artigo 7º da lei (BRASIL, 1980), ou se o estrangeiro, no mesmo dispositivo de lei, é “nocivo à ordem pública ou aos interesses nacionais” (BRASIL, 1980).

No segundo artigo da lei 6.815/80, há determinação aos servidores públicos de que na aplicação dos artigos da lei “atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional” (BRASIL, 1980). A literatura ratifica o viés de segurança nacional da legislação.

A filosofia da atual legislação brasileira sobre entrada e permanência de estrangeiro no Brasil inspira-se no atendimento à segurança nacional, à organização institucional e nos interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil, inclusive na defesa do trabalhador nacional. (DOLINGER, 2011, p. 185)

A lei não menciona “direitos humanos”. Portanto, cabe ao agente de imigração ajustar a análise de cada fato concreto às determinações legais citadas, em confronto com o ordenamento jurídico.

Tal discricionariedade dos agentes de imigração gera

insegurança jurídica para os imigrantes, que ficam submetidos à avaliação pessoal nesse caso, de um agente da Polícia Federal, cuja formação, em geral, advém da área de segurança, herdeira da cultura autoritária do período ditatorial brasileira, particularmente aguçada em relação aos imigrantes pela obsessão securitária que se seguiu aos atentados de 11 de setembro de 2001, em Nova Iorque. Daí resulta uma percepção das migrações ainda focada na segurança nacional, em detrimento dos direitos humanos. (BRASIL, 2011, p. 15)

O estrangeiro poderá ainda ter sua entrada no Brasil impedida pelo órgão da saúde, no ponto de imigração, conforme artigo 53 do Decreto 86.715/81, que regulamenta a lei 6.815/80. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária, vinculada a Ministério da Saúde, mantém servidores nos pontos de ingresso de estrangeiros no Brasil.

A Instrução normativa nº 72/2013-DG/DPF, que regulamenta os atos internos de medidas compulsórias na Polícia Federal, determina aos agentes de imigração que seja lavrado um Termo de Impedimento, em duas vias, sendo uma entregue ao estrangeiro impedido. O Termo de Impedimento formaliza a negativa de entrada no país. O normativo determina comunicação de impedimento simultâneo de entrada de quatro ou mais estrangeiros de uma mesma nacionalidade à Coordenação Geral de Polícia de Imigração da Polícia Federal, como forma de controle hierárquico dos atos de impedimento, mormente quando possam envolver incidente diplomático em razão do envolvimento de muitos estrangeiros, de uma mesma nacionalidade, impedidos de entrar no Brasil.

A mesma Instrução Normativa determina que o agente de imigração possa permitir a entrada do estrangeiro impedido no Brasil, no caso de impossibilidade de retorno imediato, sendo fixados pelo agente de imigração o prazo excepcional de estada e o local que o estrangeiro poderá permanecer, às expensas da empresa transportadora que trouxe o estrangeiro irregular ao Brasil.

Há ainda a previsão de desembarque condicional do estrangeiro, permitindo-se sua estada no Brasil pelo prazo de até oito dias, por força maior, caso fortuito, situação emergencial, omissão ou erro no visto consular. Nesta situação, apenas a Coordenação Geral

da Polícia Federal pode decidir sobre a demanda, devendo o agente de imigração submeter o caso às instâncias administrativas superiores.

Não sendo o caso de impedimento de ingresso no Brasil, a permissão para entrada se dá mediante aposição de um carimbo no passaporte do estrangeiro ou, caso apresentada cédula de identificação, quando previsto em alguns acordos internacionais, como o existente no Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), registro em carimbo no formulário de entrada e saída no país⁴. Especificamente quanto ao MERCOSUL, no Acordo sobre Documentos de Viagem dos Estados Partes do MERCOSUL e Estados Associados⁵, os países acordam em:

Artigo 1 – Reconhecer a validade dos documentos de identificação pessoal de cada Estado Parte e Associado estabelecidos no Anexo da presente como documentos de viagem que permitam o trânsito de nacionais e/ou residentes regulares dos Estados Parte e Associados do MERCOSUL, pelo território dos mesmos.⁵

Caso seja negada a permissão para entrada, o estrangeiro depara-se com a impossibilidade fática de ingresso no país ou mesmo de disposição de qualquer recurso administrativo ou judicial daquela decisão administrativa do estrangeiro migrante.

Nos aeroportos brasileiros e nos pontos de imigração na fronteira, é regra não haver órgãos jurisdicionais aos quais o estrangeiro possa recorrer diante da decisão administrativa de impedimento, determinado pelas autoridades da Polícia Federal, responsável pela decisão no momento da imigração.

O Estado brasileiro também não dispõe de assessoria jurídica pública aos estrangeiros nos pontos de imigração. Ao estrangeiro, impedido de entrar no Brasil, resta apenas a única alternativa de cumprir a ordem do agente de imigração, pois de fato não há meios possíveis de revisão, administrativa ou judicial, da decisão sobre o impedimento e repatriação.

A decisão do agente de imigração, no exercício da soberania brasileira, é decisão administrativa que de fato acaba por ser irrecorrível e com executividade imediata e plena, nada obstante efeitos gravosos na vida e nos desígnios do estrangeiro que objetiva ingressar no território brasileiro.

Ademais, a ausência de motivação, registro escrito e comunicação da decisão administrativa pelo impedimento e repatriação culminam em desrespeito a direitos do

⁴ <http://www.dpf.gov.br/servicos/estrangeiro/cartao-de-entrada-e-saida/FORMULARIO-ENTRADA-SAIDA-Padroao-Confederacoes.pdf>. Consulta em: 20/07/2014.

⁵ <http://portal.mj.gov.br/servicos/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B9D891A6D-D0C6-4F99-B82F-CEE69B15B674%7D&ServiceInstUID=%7BD4906592-A493-4930-B247-738AF43D4931%7D>. Consulta em: 20/07/2014.

migrante, como o de apresentar recurso, ter seu caso conhecido pelo corpo consular de seu país e violação de princípio da Administração Pública consistente na obrigação da motivação de suas decisões.

Tendo como exemplo o estado de Roraima, unidade federativa fronteiriça na qual a República Federativa do Brasil tem fronteira com a República Cooperativista da Guiana e com a República Bolivariana da Venezuela, o estrangeiro que teve a entrada negada não tem acesso a outras instâncias administrativas ou a autoridades judiciárias nos pontos regulares de imigração, salvo se ingressar ilicitamente no país para buscar auxílio de tais meios.

A Justiça Federal de primeira instância em Roraima, órgão com poder de apreciar judicialmente pleito de estrangeiro contra a decisão administrativa da Polícia Federal que negou a sua entrada, é localizada apenas na capital Boa Vista, situada a 130 quilômetros da fronteira com a Guiana e a 250 quilômetros da fronteira com a Venezuela, locais onde há ponto fronteiriço regular de imigração de estrangeiros.

Vedar o acesso ao judiciário é limitar o direito básico ao estrangeiro de buscar quaisquer direitos possivelmente violados no Brasil. A Polícia Federal é polícia de imigração (BRASIL, 1988) os atos de seus agentes decorrem diretamente do poder de soberania exercido pela União dentro da República Federativa do Brasil.

A constituição brasileira, em dispositivo de plena aplicabilidade, garante amplamente o acesso ao judiciário, no artigo 5º, XXXV, vedando que lei estipule o contrário, determinando, ainda, nos artigos 109 e 110 da Carta Magna, a competência e a organização da Justiça Federal para apreciar ações contra atos dos agentes de imigração:

Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Artigo 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Artigo 110. Cada Estado, bem como o Distrito Federal, constituirá uma seção judiciária que terá por sede a respectiva Capital, e varas localizadas segundo o estabelecido em lei.

(BRASIL, 1988)

Na jurisprudência brasileira, há poucas decisões quanto à análise de decisão de impedimento de ingresso de estrangeiro no Brasil. A única exemplificação, em julgado do ano

de 2010, é no sentido da inexistência de ato administrativo a ser combatido em *habeas corpus* (BRASIL, 2010), pois o estrangeiro foi imediatamente retirado do território brasileiro no ato administrativo de impedimento e repatriação e não pendia restrição à liberdade no Brasil a ser sanada pelo judiciário. No mencionado julgamento do ano de 2010, o Poder Judiciário foi provocado por estrangeiro que desejava ingresso no Brasil para ver familiares brasileiros, tendo o estrangeiro sido impedido de ingressar no país sem que fossem apontados os motivos. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em São Paulo, assentou que

A argumentação utilizada pelo impetrante de que o paciente fora impedido de entrar no Brasil não se fundamenta em qualquer hipótese de constrangimento ilegal, pois ele se encontra em seu país de origem, e, portanto, não está sob suposta coação de autoridade brasileira. Assim sendo, não há possibilidade de ajuizamento de *habeas corpus*. (BRASIL, 2010)

O Tribunal Federal não analisou o mérito da causa, já que o instrumento utilizado na defesa do estrangeiro – *habeas corpus* – foi inepto ao objetivo que se desejava, que era o direito ao ingresso do estrangeiro no Brasil.

A lei 6.815/80 traz as possibilidades de aplicação do impedimento de entrada no Brasil e conseqüente repatriação. Algumas das hipóteses legais não permitem discricionariedade por parte do agente de imigração. As hipóteses do artigo 7º, em consonância com artigo 26 da lei 6.815/80, que vedam entrada de estrangeiro, são:

- I - menor de 18 (dezoito) anos, desacompanhado do responsável legal ou sem a sua autorização expressa;
 - II - considerado nocivo à ordem pública ou aos interesses nacionais;
 - III - anteriormente expulso do País, salvo se a expulsão tiver sido revogada;
 - IV - condenado ou processado em outro país por crime doloso, passível de extradição segundo a lei brasileira; ou
 - V - que não satisfaça às condições de saúde estabelecidas pelo Ministério da Saúde.
- (BRASIL, 1980)

Conforme dispositivo citado, nos incisos I, III, IV e V, há critérios objetivos, que, de antemão, o estrangeiro tem possibilidade de conhecer plenamente os motivos do seu impedimento de entrar no Brasil e que o agente público de imigração não tem margem discricionária para decidir sobre o impedimento.

Nada obstante serem critérios objetivos, temos restrições nos incisos III e IV que são perpétuas, nos estritos termos da lei. Uma vez o estrangeiro tendo sido expulso do país ou condenado ou processado por crime doloso, segundo a lei, nunca mais poderia ingressar regularmente no Brasil.

Entretanto, a Constituição Federal Brasileira veda penas de caráter perpétuo no Brasil, segundo artigo 5º, XLVIII, “b” (BRASIL, 1988), tendo o agente de imigração aplicador da norma que fazer abordagem do caso específico para avaliar os efeitos temporais administrativos de punições anteriores do estrangeiro interessado em ingressar no Brasil.

No inciso II, há previsão subjetiva de impedimento, que culmina na vedação do estrangeiro de entrar no Brasil e na retirada compulsória do estrangeiro do Brasil consistente na repatriação.

O mesmo ocorre no artigo 26 da lei 6.815/80, que estipula critérios que dependem da análise subjetiva do agente de imigração no caso concreto, com análise de conveniência e oportunidade na aplicação da medida extrema, estando o estrangeiro, nestas hipóteses, na constante incerteza da permissão de entrada no Brasil, segundo o dispositivo de lei:

Artigo 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. (BRASIL, 1980)

Quando a lei permite o impedimento de ingresso no Brasil com fundamento no estrangeiro ser “nocivo à ordem pública ou aos interesses nacionais” ou decorrente da “inconveniência de sua presença no território nacional a critério do Ministério da Justiça”, o estrangeiro não sabe ao certo sobre os requisitos para permissão de entrada no Brasil, não havendo nem mesmo uma previsão de assentimento de sua entrada no Brasil.

Se, por um lado, há requisitos subjetivos, permitindo maior liberdade ao exercício do poder de soberania do Estado na decisão sobre a entrada de estrangeiros, garantindo a segurança nacional, por outro há possibilidade ao arbítrio estatal em desrespeito aos direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira e ainda desrespeito a direitos humanos positivados em compromissos de direitos humanos assumidos pelo Brasil.

A literatura jurídica afirma que a restrição da entrada do estrangeiro em razão da nocividade “justifica-se por si mesma, à força de sua evidência” e que tal restrição “deve ser exercida com prudência, moderação e altivez” (CAHALI, 2010, p. 84). O autor não define o que seja “o estrangeiro nocivo” no capítulo sobre o tema. O Decreto (BRASIL, 1981) ou a Instrução Normativa da Polícia Federal também não caracterizam o “estrangeiro nocivo”.

As dimensões continentais do Brasil podem permitir interpretações divergentes por parte dos agentes de imigração nos vários aeroportos ou pontos de imigração de fronteira, quanto à nocividade do estrangeiro, possibilitando que seja violado o princípio da igualdade

no trato de estrangeiros em situação semelhante que desejam ingressar no Brasil nos vários pontos regulares de imigração. Pode-se ainda tratar de forma diferente estrangeiros de uma mesma nacionalidade, a depender do ponto de imigração eleito para a entrada no país.

Tomando como exemplo o estado fronteiriço de Roraima, em pesquisas sobre as notícias do jornal de grande circulação na capital Boa Vista, Almeida percebeu:

algumas matérias relacionadas aos guianenses e todas no período entre fevereiro de 2006 e julho de 2007 relacionadas a algum delito ou ilícito: “Homicida guianense tinha duas identidades” (17/07/2007); “Guianense é detido por suspeita de tentativa de furto em residência” (23/02/2007); “Assaltante guianense é preso pela PM” (20/11/2006); “Guianense é preso com moto roubada e polícia elucida dois casos de assaltos” (21/10/2006); “Guianenses são presos com 5kg de maconha” (10/02/2007); “TRÁFICO DE MULHERES - Cafetina é presa levando mulheres para garimpo localizado na Guiana” (20/12/2006); “Garimpeiros brasileiros estão presos na Guiana” (05/04/2006); “Polícia recupera moto levada para a Guiana” (18/04/2006); “Federal apreende produtos contrabandeados da Guiana” (05/07/2007). (ALMEIDA, 2008, p. 136)

Tendo como premissa a vedação legal de entrada do estrangeiro “indesejável” ou “nocivo” e a atuação de um agente de imigração brasileiro na fronteira Brasil-Guiana, balizado sob a ótica do senso comum, com lastro nos fatos apontados em busca de notícias envolvendo “guianense” no jornal de grande circulação em Boa Vista/RR, teríamos que concluir que o estrangeiro “guianense” interessado em ingressar no Brasil para visita ao estado de Roraima seria considerado, pelo agente de imigração, indesejável, e que guianenses seriam passíveis de impedimento. Em outro ponto regular de imigração fora de Roraima, o agente de imigração provavelmente não teria domínio de tal realidade jornalística local e permitiria livre entrada ao estrangeiro guianense.

Observe-se outra hipótese de impedimento de entrada do estrangeiro no Brasil inscrito no artigo 26, § 1º, da lei 6.815/80:

§ 1º O estrangeiro que se tiver retirado do País sem recolher a multa devida em virtude desta Lei, não poderá reentrar sem efetuar o seu pagamento, acrescido de correção monetária. (BRASIL, 1980)

Ao cometimento de irregularidades por parte do estrangeiro no Brasil, como a estada em prazo superior à permitida ou o exercício de trabalho irregular, a estada clandestina ou indocumentada, a lei 6.815/80 estipula multa, conforme incisos do artigo 125 da norma.

Não há vedação da saída do estrangeiro do Brasil sem o pagamento da multa imposta, mas o dispositivo legal citado determina a vedação de novo ingresso do estrangeiro sem o pagamento da multa anterior.

A lei determinou vedação de ingresso no Brasil, consistente em hipótese do instituto jurídico do impedimento, por não pagamento de dívida com o erário. Trata-se de forma indireta de forçar o pagamento da multa ao estrangeiro que deseja novo ingresso no Brasil, pois o imediato pagamento retira a vedação do ingresso do estrangeiro devedor de multa anterior.

Veda-se ainda, na lei 6.815/80, a entrada de estrangeiro mesmo sem qualquer ato ou fato a ele relacionado, mas tão somente diante da existência de um membro da família do estrangeiro impedido. Tal é o que determina o artigo 26, § 2º, da lei 6.815/80:

§ 2º O impedimento de qualquer dos integrantes da família poderá estender-se a todo o grupo familiar. (BRASIL, 1980)

Portanto, a lei estipula que o estrangeiro pode ser impedido de entrar no Brasil por extensão de um impedimento de membro familiar, sem qualquer motivo pessoal. Se um irmão de um estrangeiro está em débito com a fazenda nacional por dívida decorrente de multa por irregularidade anterior no Brasil, o estrangeiro que acompanhe este irmão em nova tentativa de ingresso no Brasil pode ter sua entrada negada no país.

Não estamos tratando de aplicação de penas decorrentes de prática de crime, mas atos administrativos que culminam na vedação do ingresso do estrangeiro no Brasil. Cabe reflexão sobre possível violação de dispositivo constitucional – o que determina que a pena não passará da pessoa do condenado:

Artigo 5º (...)

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; (BRASIL, 1988)

Há um ato administrativo que imputa vedação a um membro da família, mas que se estende a todo o corpo familiar. Em caso de impedimento de um membro familiar, todo o grupo poderá estar sujeito ao impedimento de ingressar no Brasil.

Outra hipótese legal impeditiva de ingresso no Brasil: a prova que o estrangeiro tem que fazer, ao agente de imigração, de que possui meios para se manter no Brasil, nos termos do artigo 18, III do Decreto 86.715/81. O estrangeiro, na *práxis* apresenta dinheiro, cartão de crédito, *travelers checks* ou congêneres para provar que tem meios de subsistência no país. Em não apresentando tais meios, pode ser impedida sua entrada no Brasil. Temos aqui possível violação ao dispositivo do artigo 5º *caput* da Constituição Federal, especificamente

na violação ao princípio da igualdade, com lastro no valor supremo de cada ser humano, independentemente de suas posses ou de seu nível social.

A Constituição Federal brasileira estipula direito fundamental ao devido processo legal, no artigo 5º, LVI – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

É certo que nos institutos jurídicos do impedimento e repatriação não se tem de fato privação de liberdade ou de bens do estrangeiro, mas a análise hermenêutica com outros dispositivos constitucionais leva a concluir pela plena aplicação do devido processo legal no procedimento de impedimento e repatriação, sob pena de termos um ato estatal arbitrário e em disparidade com as normas e princípios da lei maior brasileira.

Observamos que a hermenêutica das possibilidades legais de impedimento e repatriação de estrangeiros no Brasil, com hipóteses abertas e imprecisas na lei, não estão consistentes com princípios constitucionais e normas ínsitas em compromissos de direitos humanos assumidos pelo Brasil, que serão objetos de análise no último capítulo deste estudo.

1.4 DEPORTAÇÃO

A deportação é a medida de retirada compulsória de estrangeiros do Brasil inscrita nos artigos 57 a 64 da lei 6.815/80 (BRASIL, 1980), que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil. É deportado do Brasil o estrangeiro que tenha ingressado irregularmente no território brasileiro ou permaneça de forma irregular no país. A deportação consiste, nos termos do artigo 58 da lei 6.815/80, na “saída compulsória do estrangeiro”, e o estrangeiro será deportado ao “país da nacionalidade ou de procedência do estrangeiro, ou para outro que consinta em recebê-lo.” (BRASIL, 1980)

Na literatura, observamos o conceito de deportação consistente no “processo de devolução de estrangeiro que aqui chega ou permanece irregularmente, para o país de sua nacionalidade ou de sua procedência.” (DOLINGER, 2011, p. 214)

As hipóteses de entrada ou estada irregular no Brasil, passíveis de deportação, são:

falta de documentação; passaporte vencido; passaporte com prazo de validade inferior a seis meses na entrada; passaporte não válido para o país no qual se pretenda entrar; uso de documento não aceito para estrangeiros (como carteira de identidade quando deveria ser usado o passaporte); visto vencido; exercício de atividade incompatível com o visto concedido; e ausência de visto, quando exigido

(...) também poderão ser deportados os estrangeiros que se afastem do local de entrada no país sem que o seu documento de viagem e o seu cartão de entrada e saída tenham sido visados pela autoridade competente, dentre outros casos elencados nos seguintes artigos: 21 § 2º; 24; 37, § 2º; 98 a 101; 104, §§ 1º e 2º; e artigo 105.” (PORTELA, 2010, p. 261)

Em ocorrendo situação fática como as citadas, o ato administrativo de deportação é executado pela Polícia Federal brasileira, que tem atribuição constitucional de polícia aeroportuária e de fronteiras inscrita no artigo 144 da Constituição Federal. São policiais federais que atuam diretamente na execução dos mandamentos legais.

Os policiais federais, em constatando fato subsumível às hipóteses legais citadas – entrada ou estada irregular de estrangeiro no Brasil –, aplicam a deportação e executam a retirada do estrangeiro do Brasil, com sua entrega às autoridades de outro país, seja o da nacionalidade do deportando, origem ou aquele país que consinta no recebimento do estrangeiro deportando.

É cediço que estrangeiros ingressam no Brasil sem obediência à norma que determina passagem por ponto regular de imigração, mormente atravessando fronteiras políticas terrestres sem qualquer fiscalização regular do Estado. Esse estrangeiro é passível de deportação, pois sua entrada e/ou estada são irregulares no Brasil, ou ainda de medida de expulsão, em face da indesejabilidade do estrangeiro no Brasil.

As hipóteses legais acerca da deportação estão nos artigos 57 a 64 da lei 6.815/80 (BRASIL, 1980), destacando-se as hipóteses fáticas de deportação:

Artigo 57. Nos casos de entrada ou estada irregular de estrangeiro, se este não se retirar voluntariamente do território nacional no prazo fixado em Regulamento, será promovida sua deportação.

§ 1º Será igualmente deportado o estrangeiro que infringir o disposto nos artigos 21, § 2º, 24, 37, § 2º, 98 a 101, §§ 1º ou 2º do artigo 104 ou artigo 105.

§ 2º Desde que conveniente aos interesses nacionais, a deportação far-se-á independentemente da fixação do prazo de que trata o caput deste artigo.
(BRASIL, 1980)

O procedimento de deportação está exposto no artigo 98 do Decreto 86.715/81, sendo extremamente sumário e exigindo, de forma ordinária, notificação ao estrangeiro submetido à deportação:

Art . 98 - Nos casos de entrada ou estada irregular, o estrangeiro, notificado pelo Departamento de Polícia Federal, deverá retirar-se do território nacional:

I - no prazo improrrogável de oito dias, por infração ao disposto nos artigos 18, 21, § 2º, 24, 26, § 1º, 37, § 2º, 64, 98 a 101, §§ 1º ou 2º do artigo 104 ou artigos 105 e 125, II da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980;

II - no prazo improrrogável de três dias, no caso de entrada irregular, quando não configurado o dolo.

§ 1º - Descumpridos os prazos fixados neste artigo, o Departamento de Polícia Federal promoverá a imediata deportação do estrangeiro.

§ 2º Desde que conveniente aos interesses nacionais, a deportação far-se-á independentemente da fixação dos prazos de que tratam os incisos I e II deste artigo. (BRASIL, 1981)

Para a efetivação da medida, o artigo 61 da lei prevê a possibilidade de prisão do estrangeiro, determinada pelo Ministro da Justiça. Após a Constituição de 1988, por mandamento do artigo 5º, LXI, a prisão para efetivação de deportação só pode ser efetivada por ordem judicial, não tendo a nova ordem constitucional recepcionado integralmente o artigo 61 da lei 6.815/80.

O dispositivo literal do artigo 61 da lei determina que “o estrangeiro, enquanto não se efetivar a deportação, poderá ser recolhido à prisão por ordem do Ministro da Justiça, pelo prazo de sessenta dias.”

Tal artigo não foi integralmente recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Não mais subsiste no ordenamento jurídico brasileiro a prisão determinada por quaisquer autoridades administrativas, salvo em crimes ou infrações propriamente militares.

O Ministro da Justiça, assim como os demais ministros de Estado, é servidor do Poder Executivo subordinado hierarquicamente ao Presidente da República, chefe do Poder Executivo. A determinação de qualquer prisão após a Constituição de 1988 só pode emanar do Poder Judiciário, através de ordem fundamentada, inscrita em mandado judicial e, normalmente, executada pela polícia judiciária (seja Polícia Civil ou Polícia Federal), consoante artigo 5º da Constituição Federal, especificamente no inciso LXI:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (BRASIL, 1988)

A literatura jurídica apontou possível revogação do instituto da prisão para deportação após a lei 12.403/2011, que revogou previsão expressa da prisão administrativa no Código de Processo Penal (ANDREATA, 2012), mas a jurisprudência brasileira demonstra persistência do instituto jurídico da prisão administrativa para deportação no ano de 2014 (BRASIL, 2014e), com lastro legal na lei 6.815/80.

A entrada irregular de estrangeiro no país não constitui crime por parte do estrangeiro, sua prisão é cautelar, no interesse da medida administrativa de retirada compulsória. O ato imputável ao estrangeiro é sua entrada ou estada irregular no Brasil e, para tal conduta, não há

previsão em qualquer dispositivo de lei penal e, portanto, não há pena de prisão para a entrada ou estada irregular no Brasil.

A consequência legal para entrada ou estada irregular no Brasil é a deportação – retirada do estrangeiro do país – sendo a prisão um meio para execução da medida e não uma pena como consequência da conduta irregular do estrangeiro.

A restrição de liberdade no Brasil, seja de pessoa estrangeira ou nacional, é medida extrema. Não há ato estatal mais grave que a prisão no Brasil, aplicável pelo Estado contra o cidadão, salvo, unicamente, a excepcionalíssima pena de morte prevista no artigo XLVII, inciso “a” da Constituição Federal, em caso de guerra declarada e ratificada no artigo 56 e em vários tipos penais do Código Penal Militar brasileiro.

A consulta à jurisprudência da corte maior do Brasil – Supremo Tribunal Federal – revela, por outro lado, que o Estado brasileiro já chegou, em 1978, a aplicar a prisão para deportação de adolescente estrangeiro sob a justificativa de “ter penetrado no território nacional clandestinamente” (BRASIL, 1977). Há jurisprudência do ano de 2004, em que adolescente, juntamente com adultos, foram presos sob fundamento de “o ingresso (...) no Brasil ocorreu de forma irregular e, ainda, que eles não possuem documento algum e nem falam a língua nacional” (BRASIL, 2004).

A excepcionalidade da prisão após 1988 exige das autoridades administrativas da Polícia Federal que fundamentem, minuciosamente, em representação ao Judiciário, os motivos da necessidade da prisão cautelar administrativa para fins de deportação e, dos juízes, a demonstração, em decisão fundamentada, da efetiva inafastabilidade do Mandado de Prisão.

O argumento de entrada ou estada irregular do país, tão somente, não é válido para decretação de prisão de estrangeiro. Para a entrada ou estada irregular no Brasil, a consequência jurídica já é a deportação.

Em confrontando o direito à liberdade do estrangeiro, não obstante irregular no país, e a segurança coletiva, o magistrado só deve decretar prisão administrativa para fins de deportação caso a manutenção da liberdade seja efetivo risco à sociedade. Cabe ao poder executivo – Polícia Federal –, através da Autoridade Policial, que é o Delegado de Polícia Federal, representar junto à Justiça Federal pela prisão do estrangeiro, expondo as razões fáticas e a fundamentação jurídica que a justifique.

A entrada ou a estada irregular de estrangeiro no Brasil não configuram condutas criminosas e tão só por estes motivos não se pode prender um estrangeiro no Brasil para deportação. A medida aplicável para entrada ou a estada irregular de estrangeiro no Brasil é unicamente a deportação, que consiste na retirada compulsória do estrangeiro do Brasil.

Nada obstante as premissas expostas, a competência para decretar a prisão administrativa de estrangeiro para fins de deportação não é de vara federal cível, mas de vara federal criminal, ao menos assim tem sido a *práxis* judicial nos termos da interpretação da legislação por parte dos tribunais pátrios.

A jurisprudência nacional está sedimentada nesses termos:

PROCESSUAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. APRECIÇÃO DE PEDIDO DE LIBERDADE VIGIADA. PROCEDIMENTO DE DEPORTAÇÃO DE ESTRANGEIRO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO CRIMINAL. 1. A jurisdição cível é competente para decretar prisão em duas circunstâncias expressamente autorizadas pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso LXVII), quais sejam, do devedor de pensão alimentícia e do depositário infiel. 2. Sendo a decretação de prisão de estrangeiro, para fins de deportação, da competência do juízo federal criminal, ainda que não tenha natureza estritamente penal, é razoável que também o pedido de concessão de liberdade vigiada seja abrangido por essa competência, visto que inserido no mesmo procedimento de deportação de estrangeiro, tratar-se de restrição de liberdade, e possuir idêntica natureza. 3. Conflito conhecido e julgado procedente, declarada a competência do juízo suscitado. (BRASIL, 2009b)

A lei 6.815/80 prevê outra medida menos gravosa que a prisão para deportação, consistente na liberdade vigiada, que será aplicada nas hipóteses previstas em lei, com a ressalva que as condições impostas devem sempre ser determinadas por autoridade judiciária, não pelo Ministro da Justiça, em consonância com a ordem constitucional estabelecida em 1988.

Artigo 73. O estrangeiro, cuja prisão não se torne necessária, ou que tenha o prazo desta vencido, permanecerá em liberdade vigiada, em lugar designado pelo Ministério da Justiça, e guardará as normas de comportamento que lhe forem estabelecidas. (BRASIL, 1980)

A prisão para deportação é prisão administrativa, nada obstante sua necessidade ser analisada por juízo federal criminal. Em essência, tal prisão não decorre dos requisitos de prisão preventiva e/ou prisão temporária previstas em lei de cunho penal. A prisão é cautelar administrativa, não visa à aplicação ulterior de medida prevista em lei penal, mas aplicação de medida administrativa de deportação. Casella entende de forma distinta, quando afirma que “tal prisão se dá por ordem de juiz federal, não se admitindo mais a antiga prisão administrativa, no regime anterior à Constituição de 1988” (CASELLA et al., 2012, p. 546).

A prisão para deportação também não é cível, pois no Brasil só é permitida prisão civil para o devedor de obrigação alimentícia, consoante artigo 5º LXVII da Constituição Federal e jurisprudência do STF, que tem como paradigma a Convenção Americana de Direitos

Humanos. A decisão do Supremo Tribunal Federal que assenta, *a contrario sensu*, a prisão cível, tão somente ao devedor de alimentos, restou inscrita na súmula vinculante nº 25: “é ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

A prisão para deportação não é prisão civil e também não é prisão penal, pois seu fundamento não é a prática de quaisquer crimes nem mesmo para resguardar aplicação de quaisquer leis penais. A prisão é administrativa, pois é decretada pela Justiça Federal, após representação do delegado de Polícia Federal, para garantir a aplicação da medida administrativa de deportação, executada pela Polícia Federal.

Em consulta à jurisprudência, podemos aferir decretação de prisão administrativa para fins de deportação com lastro no “comportamento violento” do estrangeiro (BRASIL, 2005) ou ainda em face de estrangeiro “sem paradeiro certo e emprego, que se recusou a retirar-se do país voluntariamente” (BRASIL, 1998). Destaque-se que na jurisprudência citada, o “comportamento violento” ou o “sem paradeiro certo e emprego”, é fato indiferente ao direito penal, pois não se vislumbra tais práticas como crime no Brasil.

Recente jurisprudência do ano de 2014 aponta plena vigência da prisão administrativa para deportação, bem delineando suas circunstâncias:

A natureza dessa espécie de prisão não destoa daquela hipótese existente no artigo 312 do Código de Processo Penal, de prisão para assegurar a aplicação da lei penal. A diferença reside tão somente nos procedimentos em que cada uma das prisões cautelares está prevista: enquanto a prisão preventiva volta-se a resguardar a aplicação da lei no âmbito do processo penal, a prisão administrativa da Lei 6.815/80 procura garantir a aplicação da lei no procedimento de deportação. Em todo caso, a Constituição Federal, guardiã dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, afastou a patente arbitrariedade contida no dispositivo supracitado, assim como no artigo 69 da Lei 6.815/80, substituindo o juízo político então existente pelo julgamento judicial, adstrito às exigências previstas em lei. (BRASIL, 2014e)

Ou há fato jurídico criminoso praticado pelo estrangeiro, que culmina na sua prisão em flagrante ou em outras medidas penais cautelares diferentes da prisão e ulterior condenação pela prática que viola bem penalmente protegido; ou há fato que não viola bem jurídico penalmente tutelado.

Em uma ordem constitucional que determina direitos iguais aos nacionais e estrangeiros, há de se questionar a prisão para fins de deportação, quando ela é decretada com lastro em fundamentação genérica, sem que haja ato específico imputado ao deportando. A medida extrema de prisão só deve ser decretada quando efetivamente necessária ao resguardo da coletividade. Neste caso, o risco social da liberdade do estrangeiro deve suplantar seu direito à liberdade, no confronto de princípios analisados pelo Estado-juiz.

Não se pode imputar apenas ao Poder Judiciário a omissão de fatos concretos relativos ao estrangeiro que justifiquem a sua prisão para fim de deportação. O judiciário não é único responsável pela prisão fundamentada em argumentos genéricos e díspares de atos perpetrados pelo estrangeiro que causem efetivo risco social. O Poder Judiciário age apenas sob provocação. A representação fundamentada para prisão para fins de deportação advém do Poder Executivo, especificamente em representação subscrita por delegado de Polícia Federal, no bojo de procedimento administrativo de deportação. O interesse na aplicação da medida extrema de retirada compulsória de estrangeiro do Brasil é da Polícia Federal, atuando como polícia de imigração brasileira.

O delegado de Polícia é titular de cargo jurídico, que tem como requisito a formação jurídica, com ratificação pelas recentes leis 12.830/13 e 13.047/14. Diante de tal requisito, deve convencer o Juiz Federal, em representação juridicamente fundamentada, com lastro probatório suficiente para necessidade de decretação da medida excepcional de prisão, mormente porque não há medida mais gravosa decretada pelo Estado brasileiro, através do Poder Judiciário.

A decisão advém do Poder Judiciário, mas a provocação do poder executivo, através de representação do delegado de polícia, deve demonstrar, inequivocamente, a excepcionalidade que justifique a segregação do estrangeiro para fins de deportação.

Para cidadãos do MERCOSUL é facilitada a residência temporária no Brasil por dois anos, mediante procedimento simplificado e apresentação de documentação do interessado, nos termos do Decreto 6.964/2009 (BRASIL, 2009a), afastando situação irregular no país e consequente deportação de cidadãos do MERCOSUL.

Para cidadãos argentinos, há ainda a possibilidade de transformação de vistos de turista ou temporário em permanente, bem como a regularização migratória no Brasil, nos termos do Decreto 6.736/2009, o que afasta medida compulsória de deportação ao argentino que apresentar a documentação prevista no Decreto.

1.5 EXPULSÃO

A expulsão é espécie do gênero retirada compulsórias de estrangeiros do Brasil, não se confundindo com as outras retiradas compulsórias: extradição, deportação ou impedimento e

repatriação. Expulsão é “o processo pelo qual um país expelle de seu território estrangeiro residente, em razão de crime ali praticado ou de comportamento nocivo aos interesses nacionais, ficando-lhe vedado o retorno ao país donde foi expulso” (DOLINGER, 2011, p. 214).

A Constituição Federal do Brasil, no artigo 22, XV da Constituição prevê a competência da União para legislar sobre expulsão: “artigo 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XV - emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros” (BRASIL, 1988).

As normas vigentes sobre expulsão no Brasil são a Lei nº 6.815/80 e o Decreto 86.715/81, com interpretação da jurisprudência que garante a aplicação discricionária da medida pelo Poder Executivo e a restringe em casos específicos.

A expulsão do estrangeiro do território brasileiro, conforme artigo 66 da Lei 6.815/80, é determinada mediante decreto do Presidente da República, que decide sobre a conveniência e oportunidade para a medida extrema, com as hipóteses que a lei possibilita a medida de retirada compulsória do estrangeiro do Brasil.

Os dados do Ministério da Justiça brasileiro, obtidos por este pesquisador em novembro de 2014 com base na Lei de Acesso à Informação – Lei 12.527/2011, apontam que, em 2011, foram abertos 921 inquéritos de expulsão, decretadas 300 expulsões e efetivadas 124 expulsões, com a efetiva retirada compulsória do estrangeiro do Brasil. Em 2013, foram abertos 322 inquéritos de expulsão, decretadas 416 expulsões e efetivadas 338. Até agosto de 2014, havia 31 Inquéritos de expulsões abertos, foram decretadas 164 expulsões e efetivadas 78 com a saída compulsória do estrangeiro.

A decisão pela expulsão de estrangeiro foi delegada pelo chefe do executivo - Presidente da República – ao Ministro da Justiça, através do Decreto 3.447 de 2000, que prevê no artigo 1º que “Fica delegada competência ao Ministro de Estado da Justiça, vedada a subdelegação, para decidir sobre a expulsão de estrangeiro do País e a sua revogação...” (BRASIL, 2000). É questionável a juridicidade da delegação administrativa da competência determinada por lei, para a medida de expulsão, do Presidente da República para o Ministério da Justiça.

O início do processo de expulsão, que pode culminar no decreto de expulsão, dá-se pela determinação do Ministro da Justiça para instauração de inquérito de expulsão, procedimento no qual são garantidos o contraditório e a ampla defesa ao estrangeiro.

O inquérito de expulsão é presidido por um delegado de Polícia Federal, nos termos do artigo 102, do Decreto 86.715/81 e artigo 2º da Lei 12.830/13. O decreto descreve o rito procedimental do inquérito:

§ 1º - O expulsando será notificado da instauração do inquérito e do dia e hora fixados para o interrogatório, com antecedência mínima de dois dias úteis.

§ 2º - Se o expulsando não for encontrado, será notificado por edital, com o prazo de dez dias, publicado duas vezes, no Diário Oficial da União, valendo a notificação para todos os atos do inquérito.

§ 3º - Se o expulsando estiver cumprindo prisão judicial, seu comparecimento, será requisitado à autoridade competente.

§ 4º - Comparecendo, o expulsando será qualificado, interrogado, identificado e fotografado, podendo nessa oportunidade indicar defensor e especificar as provas que desejar produzir.

§ 5º - Não comparecendo o expulsando, proceder-se-á sua qualificação indireta.

§ 6º - Será nomeado defensor dativo, ressalvada ao expulsando a faculdade de substituí-lo, por outro de sua confiança:

I - se o expulsando não indicar defensor;

II - se o indicado não assumir a defesa da causa;

III - se notificado, pessoalmente ou por edital, o expulsando não comparecer para os fins previstos no § 4º.

§ 7º - Cumprido o disposto nos parágrafos anteriores, ao expulsando e ao seu defensor será dada vista dos autos, em cartório, para a apresentação de defesa no prazo único de seis dias, contados da ciência do despacho respectivo.

§ 8º - Encerrada a instrução do inquérito, deverá ser este remetido ao Departamento Federal de Justiça, no prazo de doze dias, acompanhado de relatório conclusivo. (BRASIL, 1981)

Pode ser expulso do Brasil, nos termos do artigo 65 da Lei 6.815/80, o estrangeiro que “atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.” (BRASIL, 1980), sendo adicionadas outras hipóteses fáticas de expulsão de estrangeiros do Brasil nos incisos “a” a “d” do artigo 65 da Lei 6.815/80. Assim, pode ser expulso do Brasil o estrangeiro que:

- a) praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil;
- b) havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado para fazê-lo, não sendo aconselhável a deportação;
- c) entregar-se à vadiagem ou à mendicância; ou
- d) desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro. (BRASIL, 1980)

O artigo 75 da lei apresenta hipóteses de vedação de expulsão de estrangeiros do Brasil:

- I - se implicar extradição inadmitida pela lei brasileira; ou
- II - quando o estrangeiro tiver:

- a) Cônjuge brasileiro do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de 5 (cinco) anos; ou
- b) filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente.

§ 1º. não constituem impedimento à expulsão a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro supervenientes ao fato que o motivar.

§ 2º. Verificados o abandono do filho, o divórcio ou a separação, de fato ou de direito, a expulsão poderá efetivar-se a qualquer tempo. (BRASIL, 1980)

A jurisprudência brasileira é sedimentada em vetar a expulsão nos casos excludentes previsto no artigo 75 da Lei 6.815/80. Fazendo o estrangeiro prova das condições citadas, será revisto judicialmente o processo administrativo e a decisão de expulsão.

O artigo 68 da lei impõe ao Ministério Público o dever de encaminhar ao Ministério da Justiça “cópia da sentença condenatória de estrangeiro autor de crime doloso ou de qualquer crime contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a economia popular, a moralidade ou a saúde pública” (BRASIL, 1980). Recebendo a cópia da sentença, o Ministério da Justiça, em obediência ao artigo 68 parágrafo único da lei, “determinará a instauração de inquérito para a expulsão do estrangeiro.” (BRASIL, 1980).

Após a decisão do Ministro da Justiça sobre a expulsão e com o trânsito em julgado da sentença condenatória em desfavor do estrangeiro expulsando, é publicada Portaria de expulsão no Diário Oficial da União.

Esta é a forma corriqueira de procedimento de expulsão no Brasil. Depois de cumprida a sentença condenatória por prática criminosa, ou quando da progressão para o regime aberto de cumprimento de pena, nesta última hipótese com autorização do juiz responsável pela execução da pena, o estrangeiro é submetido ao processo de expulsão e é executada sua retirada compulsória do país.

O Poder Judiciário pode ainda decidir pela possibilidade da execução de medida compulsória de expulsão antes do trânsito em julgado ou anteriormente ao cumprimento integral da pena prevista em sentença penal condenatória. Tal medida é tomada de forma excepcional no Brasil.

O artigo 71 da Lei 6.815/80 determina que, no caso de envolvimento com o tráfico de drogas, motivo da maioria das prisões de estrangeiros no Brasil, “o inquérito será sumário e não excederá o prazo de quinze dias” (BRASIL, 1980).

No início do procedimento de expulsão de estrangeiros do Brasil, o Ministério da Justiça tem ciência do envolvimento de estrangeiro em prática criminosa ou a condenação em definitivo de estrangeiro por prática criminosa no Brasil e, através da Divisão de Medidas Compulsórias, vinculada ao Departamento de Estrangeiros, encaminha à Polícia Federal

determinação de instauração de inquérito de expulsão, indicando nome e qualificação do estrangeiro expulsando.

O inquérito de expulsão é instaurado na circunscrição do fato que motivou a medida compulsória de expulsão, sendo o estrangeiro notificado para apresentar defesa no procedimento de expulsão, que permite contraditório e ampla defesa. A defesa pode ter fundamento no artigo 75 da Lei 6.815/80, que são hipóteses que proíbem a expulsão, ou ainda em normas da Constituição Federal de 1988, ou ainda em tratados internacionais de direitos humanos aplicáveis ao caso concreto.

O artigo 69 da lei prevê possibilidade de prisão do estrangeiro submetido à medida de expulsão: “Artigo 69. O Ministro da Justiça, a qualquer tempo, poderá determinar a prisão, por 90 (noventa) dias, do estrangeiro submetido a processo de expulsão e, para concluir o inquérito ou assegurar a execução da medida, prorrogá-la por igual prazo.” (BRASIL, 1980) Tal artigo não foi integralmente recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Assim como na prisão para fins de deportação, não mais subsiste no ordenamento jurídico brasileiro a prisão determinada por quaisquer autoridades administrativas, salvo em crimes ou infrações propriamente militares.

O Ministro da Justiça, assim como os demais ministros, é autoridade administrativa subordinada hierarquicamente ao Presidente da República, chefe do Poder Executivo. A determinação de qualquer prisão após a Constituição de 1988 só pode emanar do Poder Judiciário, através de ordem fundamentada, inscrita em mandado judicial e, normalmente, executada pela polícia judiciária (seja Polícia Civil ou Polícia Federal), consoante artigo 5º da Constituição Federal, especificamente no inciso LXI:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (BRASIL, 1988)

Há medida menos gravosa que a prisão do estrangeiro submetido a processo de expulsão: a liberdade vigiada prevista no artigo da Lei 6.815/80:

Artigo 73. O estrangeiro, cuja prisão não se torne necessária, ou que tenha o prazo desta vencido, permanecerá em liberdade vigiada, em lugar designado pelo Ministério da Justiça, e guardará as normas de comportamento que lhe forem estabelecidas.

Parágrafo único. Descumprida qualquer das normas fixadas de conformidade com o disposto neste artigo ou no seguinte, o Ministro da Justiça, a qualquer tempo, poderá determinar a prisão administrativa do estrangeiro, cujo prazo não excederá a 90 (noventa) dias. (BRASIL, 1980)

Em uma ordem constitucional que determina direitos iguais aos nacionais e estrangeiros, assim como a prisão para fim de deportação, há de se questionar a prisão para fins de expulsão, quando ela é decretada com lastro em fundamentação genérica, sem que haja ato específico imputado ao expulsando.

Assim como na prisão para medida compulsória de deportação, há de serem analisados os direitos humanos e a segurança coletiva, sendo que a medida extrema de prisão só deve ser decretada quando efetivamente necessária ao resguardo da coletividade como meio para efetivar a expulsão. Neste caso, o risco social da liberdade do estrangeiro e de frustração da medida de expulsão deve suplantar seu direito à liberdade.

O retorno do estrangeiro expulso do Brasil é crime previsto no artigo 338 do Código Penal – reingresso de estrangeiro expulso, que sujeita o estrangeiro a ser preso em flagrante e responder a processo criminal.

Em relação à prisão de estrangeiros para fins de expulsão, o Ministério Público Federal, em São Paulo ingressou, com Ação Civil Pública em 1º de setembro de 2014, após restar apurado no Inquérito Civil 1.34.001.002803/2013-88 que estrangeiros são submetidos indiscriminadamente à prisão para fins de expulsão do Brasil, após findo o cumprimento de pena por cometimento de crime no Brasil, configurando *bis in idem*, sendo o estrangeiro submetido à dupla prisão: penal e, ao fim do cumprimento da pena por cometimento de crime, prisão administrativa para fins de expulsão.

O Ministério Público Federal apontou na inicial da ação que a ilicitude se dá “em razão da postura de leniência adotada pelo Departamento de Polícia Federal” e que “O Departamento de Polícia Federal faz do pedido de prisão administrativa uma rotina [...]” (BRASIL, 2014c), portanto solicita que o Poder Judiciário determine à Polícia Federal que torne ágil a efetivação da expulsão de estrangeiros, para que a prisão para fins de expulsão não seja regra decorrente da leniência da Polícia Federal.

O Poder Judiciário Federal em São Paulo concedeu decisão liminar em 22 de setembro de 2014 na Ação Civil Pública sobredita, nos autos do processo 0015805-16.2014.403.6100-JFSP, determinando à Polícia Federal que “apresente plano de ação (projeto) sobre a questão dos presos estrangeiros com decreto de expulsão” (BRASIL, 2014c).

Para o respeito aos direitos humanos na execução da medida compulsória de expulsão no Brasil, faz-se necessário ajustes entre o Ministério da Justiça e a justiça brasileira, em todas as suas instâncias, para que os dados de estrangeiros que tenham cometido crime no Brasil sejam comunicados pela Justiça ao órgão do executivo responsável pela expulsão,

através de sistemas unificados de informação, evitando mora e prisão como regra, enquanto o estrangeiro aguarda a burocracia estatal para sua expulsão.

A não existência de um sistema de informação integrado entre os órgãos do judiciário e o Ministério da Justiça dificulta a aplicação da medida de expulsão e ainda viola direitos dos estrangeiros submetidos a procedimento de expulsão. As condenações e o trânsito em julgado de sentenças penais condenatórias, diante da ausência de sistema integrado, não são difundidos a contento ao Ministério da Justiça, o qual deixa de aplicar a lei ou a aplica tardiamente, sendo utilizada medida de prisão do estrangeiro após seu regular cumprimento de pena por cometimento de crime.

Há ainda um questionável caráter permanente dos efeitos da medida compulsória de expulsão conforme é aplicada no Brasil, havendo tipo penal para o reingresso de estrangeiro expulso do Brasil, inscrito no artigo da Lei 6.815/80. Tal permanência de uma penalidade administrativa é incompatível com o artigo 5º, XLVII da Constituição Federal, que veda penas de caráter perpétuo no Brasil.

O Supremo Tribunal Federal do Brasil julgou, no ano de 2008, que estrangeiros não poderiam ser alijados dos direitos de progressão de pena previsto na Lei de Execuções Penais do Brasil. Estrangeiros não podem ser submetidos a regime de cumprimento de pena diferenciado de brasileiros que cometeram crime, apenas pelo fato de que estrangeiros não têm domicílio certo no Brasil. O STF permitiu, assim, com base no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a progressão e substituição da pena privativa de prisão (BRASIL, 2009a) no transcurso do cumprimento de pena. A medida compulsória de expulsão do estrangeiro submetido à pena não restritiva de liberdade, em razão de progressão de pena, pode ser efetivada pelo Poder Executivo mediante autorização da Justiça competente.

Hipótese fática de expulsão de estrangeiro que foi amplamente discutida na sociedade brasileira no ano de 2004, em discussão sobre possível arbitrariedade das autoridades brasileiras, foi a expulsão do jornalista Larry Rohter, de nacionalidade americana, que trabalhava no Brasil como correspondente do jornal The New York Times e escreveu matéria jornalística na qual imputava ao Presidente da República, Luis Inácio Lula da Silva, o suposto hábito de constante consumo de bebidas alcoólicas. A reportagem em sua íntegra e traduzida está disponível no sítio da revista Época (ROHTER, 2004).

Diante da reportagem, o Ministro da Justiça, em decisão publicada no Diário Oficial de 12 de maio de 2004, determinou o “cancelamento do visto temporário outorgado ao estrangeiro William Larry Rohter Júnior” e que o jornalista fosse “notificado a deixar o território nacional no prazo de oito dias” (BRASIL, 2004). Em 18 de maio de 2004, o

Ministro da Justiça reconsiderou e revogou o ato de expulsão através do despacho número 254, publicado no Diário Oficial da União (BRASIL, 2004b). Com a revogação, deixou de ser julgado no Superior Tribunal de Justiça um processo de *habeas corpus* número 35.779/DF (Brasil, 2004c), impetrado em favor do jornalista, para cessar o ato ilegal consistente no decreto para sua expulsão. O fundamento jurídico do pedido de *habeas corpus* em favor do jornalista era a liberdade de imprensa e o fato do jornalista ter prole brasileira.

Poder-se-ia confundir a retirada compulsória do jornalista com a deportação, pois com a cassação do visto houve estada irregular do estrangeiro no Brasil. Entretanto, a entrada ou estada irregular no Brasil, que culminaria na deportação, não se deu por ato do estrangeiro, mas do Estado brasileiro.

Houve, de fato, uma expulsão com lastro no artigo 65 da Lei 6.815/80, em face do jornalista estrangeiro “atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.” (BRASIL, 1980), segundo a ótica do Ministro da Justiça. Não foi registrada, no despacho do Ministro, publicado em Diário Oficial, a ordem direta de expulsão, mas a cassação do visto temporário para o exercício da profissão foi meio para atingir tal fim.

Poderia o Presidente da República ou o Ministro de Estado escolher livremente quem seja estrangeiro “nocivo à conveniência e aos interesses nacionais” e expulsar quaisquer estrangeiros? Esta fórmula aberta não tem limites? A resposta é negativa, e as limitações jurídicas a determinadas formas de expulsão de estrangeiros podem ser apontadas nos compromissos internacionais de direitos humanos.

Os direitos fundamentais inscritos na Constituição Federal e os Direitos Humanos podem se constituir em freios à soberania estatal. O debate acadêmico aponta nesse sentido:

A prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, a inserção da dignidade da pessoa humana como fundamento da República e o imenso catálogo de direitos fundamentais na Constituição de 1988, constituem marcos no processo de redemocratização do país e traduzem o reconhecimento da existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Rompe-se com a ideia de soberania absoluta para uma concepção mais flexibilizada, em prol da pessoa humana e da proteção de seus direitos. A ratificação de inúmeros tratados de direitos humanos pelo Brasil confirma o compromisso com essa visão humanizante, reforçada na Constituição de 1988. (BARRETO, 2014, p. 366)

Especificamente nos procedimentos de expulsão, que envolve decisão do Chefe do Poder Executivo ou de seu Ministro, cabe um papel essencial à Defensoria Pública da União e ao Ministério Público Federal no acesso ao Poder Judiciário, na defesa do interesse dos

estrangeiros submetidos à eventual arbitrariedade, com lastro na legislação que prevê termos abertos e subjetivos, em discrepância com as normas decorrentes de compromissos de Direitos Humanos assumidos pelo Brasil.

1.6 ASILO E REFÚGIO COMO IMPEDITIVOS DE RETIRADAS COMPULSÓRIAS.

Apresentamos asilo e refúgio como impeditivos de retiradas compulsórias em razão de que:

No âmbito geral dos direitos humanos, apesar de suas limitações, as convenções relativas aos refugiados e apátridas representam um ponto de inflexão no direito internacional, pois pela primeira vez é reconhecida a existência do indivíduo no cenário internacional. Lentamente, direitos individuais universais independentes do Estado vão sendo reconhecidos, numa tendência que vinha se acentuando desde o fim da Segunda Guerra Mundial. (REIS, 2004)

A doutrina tradicional do direito internacional reconhecia apenas Estados como sujeitos de direitos nas relações internacionais. A literatura atual reconhece a personalidade do indivíduo, que pode atuar nos foros do direito internacional, tendo também obrigações decorrentes dos tratados internacionais. Os institutos do asilo e refúgio foram uma mudança do paradigma para o reconhecimento do ser humano no direito internacional.

O direito de asilo, assim como o de refúgio, está previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo XIV:

1. Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países.
2. Este direito não pode, porém, ser invocado no caso de processo realmente existente por crime de direito comum ou por actividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas.

O asilo, ou direito de asilo, são gêneros símiles que têm duas espécies: asilo territorial e asilo diplomático. Há previsão na Constituição Federal de 1988 do asilo no Brasil:

Artigo 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
 (...)

X - concessão de asilo político.

(BRASIL, 1988)

O dispositivo constitucional é regulamentado na Lei 6.815/80, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que determina:

Artigo 28. O estrangeiro admitido no território nacional na condição de asilado político ficará sujeito, além dos deveres que lhe forem impostos pelo Direito Internacional, a cumprir as disposições da legislação vigente e as que o Governo brasileiro lhe fixar.

Artigo 29. O asilado não poderá sair do País sem prévia autorização do Governo brasileiro.

Parágrafo único. A inobservância do disposto neste artigo importará na renúncia ao asilo e impedirá o reingresso nessa condição.

(BRASIL, 1980)

O dispositivo da Constituição Federal de 1988, no artigo 4º, X estipula a regra da concessão do asilo político. Trata-se de direito de pessoa “cuja vida ou liberdade se acha ameaçada pelas autoridades de seu país, acusada de haver violado a sua lei penal, ou, o que é mais freqüente, tendo deixado esse seu país para se livrar de perseguição política” (CASELLA et al., 2012, p. 512), a ser exercido no território de outro país (asilo territorial) ou na sede de embaixada ou consulado (asilo diplomático).

O asilo, especialmente o asilo diplomático, é instituto tipicamente da América Latina, decorrente do histórico dos Estados-Nações latino americanos, que culminaram em perseguições políticas de opositores aos regimes constituídos. No sistema interamericano de Direitos Humanos, subsistem a Convenção sobre Asilo, de 1928, e a Convenção sobre Asilo Político, de 1933, ambas integrando a ordem jurídica brasileira desde sua ratificação em 1937, através do Decreto 1.570 (BRASIL, 1937), a Convenção sobre Asilo Diplomático e a Convenção sobre Asilo Territorial, ambas de 1954, que passaram a integrar a ordem jurídica nacional através dos Decretos 42.628, de 1957, e 55.929, de 1965.

Não se concede asilo em razão de cometimento de crime comum pelo solicitante, mas apenas por perseguições decorrentes de prática de crimes políticos ou de opinião. Conceder asilo em caso de crimes comuns culminaria na salvaguarda de práticas ilícitas pelo Estado concedente do asilo.

O asilo territorial, no Brasil, é solicitado pelo estrangeiro quando de seu contato com as autoridades de imigração – servidores da Polícia Federal. Da solicitação é elaborado um procedimento administrativo, encaminhado ao Ministério das Relações Exteriores para parecer e, após, ao Ministro da Justiça para decisão, por delegação do Presidente da República.

Cançado Trindade apresenta um conceito mais alargado de asilo, que poderia envolver migrantes indocumentados:

Hay que tener presente que el instituto del asilo es mucho más amplio que el sentido atribuído al asilo en el ámbito del Derecho de los Refugiados (i.e., equiparado al refugio). Además, el instituto del asilo (género al cual pertenece la especie del asilo territorial, en particular) antecede históricamente en mucho tiempo el propio corpus juris del Derecho de los Refugiados. El *aggiornamento* y una comprensión más integral del asilo territorial, - que podrían realizarse a partir del artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, - podrían venir en socorro de los trabajadores migrantes indocumentados, poniendo fin a su clandestinidad y vulnerabilidad. Para ésto, tendría que venir (o volver) a ser reconocido precisamente como un derecho individual subjetivo, y no como una facultad discrecional del Estado. (CIDH, 2003)

O asilo é concedido de forma discricionária pelo Chefe de Estado. Em caso de asilo diplomático, a concessão é dada, nas embaixadas brasileiras, pelo embaixador brasileiro, sendo posteriormente analisado pelo chefe do Poder Executivo quando da entrada do solicitante de asilo no território nacional.

O refúgio, ou direito de refúgio, é previsto na Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados, tratado de direitos humanos do ano de 1951, que integra a ordem jurídica brasileira desde 1961, quando promulgado o Decreto 50.215 e especificamente pela Lei federal n. 9.474/97, que “Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências” (BRASIL, 1997).

A Convenção de Genebra gerou obrigações para a comunidade internacional, tendo os países signatários prometido dar proteção aos seres humanos perseguidos em face das mais diversas conturbações e conflitos nos países do mundo. Os refugiados buscam proteção a seus direitos humanos em outras pátrias.

O refúgio tem natureza genérica, não sendo concedido de forma pessoalizada como o asilo. Enquanto o asilo decorre de fato pessoal do solicitante, muitas vezes envolvendo atos arbitrários de autoridades do país de origem do asilado, o refúgio tem caracteres objetivos e pode ser solicitado por quaisquer interessados que estejam submetidos às condições objetivas impostas pela Lei 9.474/97.

A Lei federal brasileira 9.474/97 é norma extremamente avançada na proteção dos direitos humanos dos refugiados, traz as hipóteses do exercício do direito de refúgio no Brasil:

Artigo 1º 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 a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.
- (BRASIL, 1997)

Dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, uma agência da Organização das Nações Unidas, apontam que, em 2010, foram solicitados 566 refúgios no Brasil, número que vem crescendo a cada ano para 1.138 em 2011; 2.008 em 2012 e 5.256 em 2013 (ONU, 2014). Em 2014 houve 8.302 solicitações de refúgio no país, e o CONARE difunde que “Hoje o país tem um total de 6.492 refugiados de mais de 80 nacionalidades diferentes e outras 556 pessoas reassentadas (7.048 no total)” (BRASIL, 2015).

A lei não prevê expressamente o instituto do refugiado ambiental. No caso dos haitianos, acometidos em seu país por um terremoto no ano de 2010 e que buscaram maciçamente, migrando para o Brasil, novas condições de vida, o governo brasileiro possibilitou e regulamentou a concessão de visto especial humanitário, permitindo a entrada no país para exercício de atividades laborais e estudo, independentemente da condição de refugiado.

Ao ingressar no território nacional, o estrangeiro pode solicitar o refúgio à autoridade migratória, com fundamento em um dos incisos do artigo citado. O julgamento do mérito do pedido de refúgio é feito pelo CONARE - Comitê Nacional para os Refugiados, órgão de deliberação coletiva, no âmbito do Ministério da Justiça. Até que o pedido seja julgado, com o protocolo de pedido de refúgio, o estrangeiro tem sua permanência regular no Brasil, podendo inclusive obter carteira de trabalho para exercício regular de emprego no Brasil.

Com a solicitação de refúgio pelo estrangeiro e sendo o julgamento do pedido realizado a *posteriori* pelo CONARE, tendo a autoridade migratória competência tão somente para receber o pedido e dar-lhe encaminhamento para julgamento administrativo pelo CONARE, resta afastada a possibilidade de impedimento e repatriação do solicitante de refúgio. O artigo 21 da Lei 9.474/97 determina que, “Recebida a solicitação de refúgio, o Departamento de Polícia Federal emitirá protocolo em favor do solicitante e de seu grupo familiar que se encontre no território nacional, o qual autorizará a estada até a decisão final do processo” (BRASIL, 1997). Diante da regularidade da situação do solicitante do refúgio no Brasil, restará impedida a deportação deste estrangeiro.

A vedação de expulsão do solicitante de refúgio é expressa na Lei 9.474/97, que, em seu artigo 36, traz a regra geral de inexpulsabilidade do estrangeiro que pede refúgio no país:

“Não será expulso do território nacional o refugiado que esteja regularmente registrado, salvo por motivos de segurança nacional ou de ordem pública” (BRASIL, 1997).

Portanto, tendo o estrangeiro solicitado refúgio quando de seu ingresso no Brasil, cabe à autoridade migratória a autuação do pedido e encaminhamento do procedimento administrativo para o CONARE – Comitê Nacional para Refugiados e, até julgamento, o estrangeiro não pode ter seu ingresso no Brasil impedido, ser deportado ou expulso do Brasil, neste último caso, apenas tendo a exceção legal se a expulsão se der “por motivos de segurança nacional ou de ordem pública” (BRASIL, 1997).

Quanto ao asilado, o tratamento é similar, sendo vetada a deportação, expulsão ou impedimento e repatriação, em obediência ao dispositivo constitucional – artigo 4º, X, e ainda ao artigo 28 da Lei 6.815/80, pois a autoridade migratória não pode decidir sobre a concessão de asilo, devendo receber o pedido e dar encaminhamento ao chefe do Poder Executivo para decisão, que hoje é dada pelo Ministro da Justiça, por delegação do Presidente da República, após parecer do Ministério das Relações Exteriores.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, agência da ONU, reconhece o avanço da legislação brasileira no trato dos refugiados:

Ao final de 2012, o Brasil liderou dentro do MERCOSUL, em âmbito ministerial, a adoção da “Declaração de Princípios Internacionais de Proteção dos Refugiados”. O documento reafirma o princípio da não-devolução (non-refoulement), a importância da reunificação familiar e a priorização das abordagens transversais e enfoque diferenciado de idade, gênero e diversidade. A Declaração também enfatiza a importância de se evitar políticas migratórias restritivas e a necessidade de estabelecer mecanismos de cooperação adicionais e novas formas complementares de proteção humanitária.

Em termos de apoio financeiro às respostas humanitárias ao redor do mundo, a partir de 2010, o Brasil se consolidou como o principal doador do ACNUR entre os países emergentes, com US\$ 3,5 milhões doados em 2010, US\$ 3,7 milhões em 2011, US\$ 3,6 milhões em 2012 e US\$ 1,0 milhão em 2013. (ONU, 2014)

Sabe-se que estrangeiros de várias nacionalidades têm utilizado a avançada legislação sobre refúgio no Brasil como estratégia para obter um meio de permanecer no Brasil de forma regular, mesmo que não esteja incurso em uma das possibilidades de refúgio, simulando situação de fato que, se existente, permitiria o refúgio no Brasil.

A permanência regular temporária no Brasil, enquanto não julgada definitivamente pelo CONARE o *status* de refugiado, pode permitir ao estrangeiro o enquadramento em uma das hipóteses de naturalização ou inexpulsabilidade, como o casamento com cônjuge brasileiro ou prole no Brasil.

O asilo e o refúgio são instrumentos de extrema relevância à proteção dos direitos humanos de estrangeiros submetidos a situações de perseguição ou violações graves de direitos humanos no país de origem. A excepcionalidade de fraudes para entrada irregular no país, sob álibi de situação de refúgio, não pode ser óbice à concretização deste importante instrumento para efetivação dos direitos humanos.

Neste sentido, o CONARE difundiu que

Além de capacitar agentes da Polícia Federal no atendimento a solicitantes de refúgio, o Conare também busca contribuir para a integração dessa população. Uma medida em 2012, por exemplo, atendeu a uma demanda histórica por eliminar a palavra “refugiado” da documentação pessoal de refugiados, que colaborava com a estigmatização de refugiados, confundidos com fugitivos. (BRASIL, 2015)

O eventual uso ilícito dos instrumentos legais de direitos humanos por estrangeiros não submetidos às hipóteses fáticas inscritas no ordenamento jurídico não pode ser utilizado pelas autoridades de imigração para a recusa do recebimento e encaminhamento dos pedidos de asilo ou refúgio por estrangeiros nos pontos de imigração, diante da possível situação de vulnerabilidade informada pelo estrangeiro interessado, com riscos à vida e/ou outros direitos humanos.

O encaminhamento para julgamento do asilo pelo Ministro da Justiça e do refúgio pelo Comitê Nacional para Refugiados deve ser respeitado pelas autoridades de imigração, não podendo adentrar no mérito dos pedidos quando da solicitação pelos estrangeiros. Portanto, os institutos do asilo e do refúgio impedem as retiradas compulsórias dos solicitantes estrangeiros, até que julgado o pedido pela autoridade competente, permitindo o regular ingresso e a estada no Brasil.

2. COMPROMISSOS DE DIREITOS HUMANOS ASSUMIDOS PELO BRASIL, COM PARTICULAR ÊNFASE NO SISTEMA AMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.

Neste capítulo exploraremos o conceito, o histórico e as dimensões dos direitos humanos, bem como o engajamento brasileiro nos compromissos internacionais de direitos humanos, destacando a Convenção Americana de Direitos Humanos.

2.1 DIREITOS HUMANOS.

Sob o título “Direitos Humanos”, abordaremos o reconhecimento da sociedade, em vários momentos, do valor superior do ser humano, da humanidade, da dignidade da pessoa humana ínsita à própria condição humana. A condição humana é única, perene, mas o reconhecimento social do valor do ser humano e os direitos humanos variaram na história e ainda são diversos nas diferentes culturas. Sob o nome “Direitos Fundamentais”, são caracterizados os direitos do homem reconhecidos e inscritos na legislação formal de um país.

Os conceitos abordados, entretanto, confundem-se por vezes, já que se entende na ciência jurídica e na filosofia que os direitos humanos existem independentemente de seu reconhecimento social ou estatal, sendo reconhecido como direito natural. A dignidade da pessoa humana é “assunto de perene relevância e atualidade, tão perene e atual quanto for a própria existência humana” (SARLET, 2013, p. 31).

Os direitos naturais independem do reconhecimento científico, jurídico, seja de um ou de vários homens em sociedade. Afirma-se que “ninguém mais nega, hoje, que a vigência dos direitos humanos independe do seu reconhecimento constitucional, ou seja, de sua consagração no direito positivo estatal como direitos fundamentais.” (COMPARATO, 2013, p. 152).

Direitos humanos são frutos de conquistas históricas, muitas vezes corolários de violações severas à dignidade humana, que culminaram em normas formais que nasceram para proteger homens de outros homens. A história perfaz a ontologia dos direitos humanos, estes não podem ser analisados desconexos do contexto histórico.

A ciência jurídica diferencia direitos humanos de direitos fundamentais, estando aqueles ligados ao Homem, independentemente de regulação normativa, e estes afirmados em

leis dentro de um Estado. A diferenciação é ainda feita pela origem do cientista, se anglo-saxão, prefere direitos humanos, se alemão, direitos fundamentais (BONAVIDES, 1997b; ALEXY, 2012, p. 39).

Os direitos humanos, ou direitos fundamentais, são classificados em três dimensões. Os direitos humanos de primeira dimensão ou de liberdade são os “direitos civis e políticos” ou “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” (BONAVIDES, 1997b, p. 517). A primeira dimensão dos direitos humanos, ligados à liberdade do homem, são registrados na história pelas revoluções americana e francesa, que pugnavam pela libertação do homem do jugo do poder e sua autoafirmação na construção de seus desígnios.

A normatização da liberdade do ser humano foi reforçada no final do século XVII e durante o século XIX, trazendo consequências dos passos de libertação do indivíduo do jugo do Estado.

A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. (COMPARATO, 2013, p. 65).

A segunda dimensão dos direitos humanos, atinente à igualdade, exigiu prestações positivas do Estado para atuar no equilíbrio de forças das relações jurídicas decorrentes das liberdades individuais, formatando uma sociedade na qual os desequilíbrios fossem eliminados ou diminuídos, mediante concessão de benefícios aos seres humanos, menos favorecidos em relações com o poder econômico ou político. A segunda dimensão é característica do século XX, “são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades” (BONAVIDES, 1997b, p. 518). Tais direitos exigem mais que abstenção do Estado, mas prestações para perfazer a igualdade entre os homens em uma relação de poder que deve perscrutar o bem-estar de todos em sociedade.

Em síntese da passagem da primeira à segunda dimensão dos direitos humanos, o professor cearense explana:

Enquanto os direitos individuais conseguiram se impor através de sua ligação direta com a natureza humana, e, portanto, em razão de sua atemporalidade, os direitos sociais foram reconhecidos, notadamente, como direitos historicamente conquistados pelos grupos sociais, principalmente pela classe trabalhadora. A realização dos direitos sociais possibilita o surgimento das condições necessárias ao exercício não elitizado dos direitos individuais e, ainda, a acomodação destes ao contexto histórico. (BARREIRA FILHO, 2002, p. 201)

Nesta segunda dimensão, temos de compreender o homem em uma sociedade cosmopolita. A facilidade de comunicações e transporte contribui em tal compreensão dos direitos do homem. A questão da segunda dimensão dos direitos humanos “não é o de um Estado particular, mas o de uma comunidade de Estados ou de toda a comunidade de Estados.” (BONAVIDES, 1997b, p. 521).

A terceira dimensão dos Direitos Humanos, ligada à fraternidade, está historicamente no contexto fático do final do século XX e início do século XXI, e tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta (BONAVIDES, 1997b, p. 523).

Podem ser enumerados como de terceira dimensão dos Direitos Humanos “o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação” (BONAVIDES, 1997b, p. 523).

Aqui acresceria o direito universal de migrar, diante do reconhecimento do valor da dignidade do homem frente às leis de Estado que restringem o trânsito de estrangeiros pelas fronteiras políticas dos países, por vezes com mandamentos legais extremamente restritivos, inclusive com possibilidade de restrição da liberdade daquele que ultrapasse fronteiras sem cumprimento das formalidades.

Há autores que afirmam a existência de direitos fundamentais de quarta dimensão ou geração. A globalização, o neoliberalismo e o jugo dos Estados aos mandamentos da economia mundial exigem a efetiva universalização dos direitos humanos, para acompanhar as relações mundiais de poder.

Bonavides afirma que “são direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo” (BONAVIDES, 1997b, p. 525). A democracia seria aperfeiçoada através da facilitação da coleta da opinião de cada cidadão dos Estados ou de todo o globo através dos modernos meios de comunicação.

Os Direitos Humanos têm conceituação e classificação díspar em cada sociedade e período da história. Eles não podem ser separados do momento histórico estudado e são corolários das relações sociais e de poder. Mas o cientista, seja o teórico ou o aplicador dos conhecimentos científicos aos casos concretos, não pode se afastar do conhecimento da ontologia dos Direitos Humanos, do seu conceito e conteúdo construído historicamente.

A dignidade da pessoa humana, cerne da proteção das normas de direitos humanos, é compreendida em caráter multidimensional,

considerando sua dimensão ontológica (embora não necessariamente biológica), sua dimensão histórico-cultural e sua dupla dimensão (ou função) negativa e prestacional, ao que se poderia ainda agregar a igualmente dupla dimensão objetiva e subjetiva da dignidade, na condição de princípio e norma embaixadora de direitos fundamentais. (SARLET, 2013, p. 72)

Não podemos afirmar haver evolução constante dos Direitos Humanos na história. Sarlet destaca este aspecto histórico:

a constatação elementar de que as condições de vida e os requisitos para uma vida com dignidade constituam dados variáveis de acordo com cada sociedade e em cada época, o que harmoniza com a já destacada dimensão histórico-cultural da própria dignidade da pessoa humana e, portanto, dos direitos fundamentais (inclusive sociais) que lhe são inerentes.
(SARLET, 2013, p. 114)

Grassam ainda apresenta incertezas sobre o que é dignidade da pessoa humana, objeto central de proteção em normas de direitos humanos. Essas divergências são constantes quanto ao conceito e à aplicação. A investigação histórica é necessária para aferir os direitos humanos nas principais sociedades e buscar delimitar e compreender a dignidade da pessoa humana na contemporaneidade.

No Dicionário de Política de Bobbio (BOBBIO, 2010, p. 353), vislumbramos no termo “Direitos Humanos” o início de explicação no ano de Revolução Francesa, em 1789. Mas os direitos humanos têm seu berço já desde o início das primeiras sociedades e caminharam *pari passu* ao desenvolvimento do homem e do conhecimento. O berço da filosofia, em Platão e Aristóteles, já perpassa de maneira contundente um viés humanista.

Com a Carta Magna do século XIII, na Inglaterra, por exemplo, “reconhece-se a liberdade de ingresso e saída do país, bem como a livre locomoção dentro de suas fronteiras, a qualquer pessoa em geral e aos comerciantes em particular” (COMPARATO, 2013, p. 94), bem como pela primeira vez “o poder dos governantes passa a ser limitado” (COMPARATO, 2013, p. 92).

As normas surgem para impor limites ao arbítrio. A história do constitucionalismo, a evolução do direito e dos direitos humanos em específico é uma evolução de proteção aos direitos humanos em detrimento ao arbítrio dos poderes.

Na dicotomia histórica entre poder estatal e direitos humanos, vislumbra-se o nascedouro dos direitos humanos, ou a proto-história dos direitos humanos:

nos séculos XI e X a.C., quando se instituiu, sob David, o reino unificado de Israel, tendo como capital Jerusalém (...) estabeleceu, pela primeira vez na história política

da humanidade, a figura do rei-sacerdote, o monarca que não se proclama deus nem se declara legislador... (COMPARATO, 2013, p. 53)

A figura de um titular de poder estatal desvinculado de um poder divino foi um primeiro avanço na sociedade para o reconhecimento da individualidade e do valor do homem que se submetia a um titular de poder na pólis, com poder emanado dos próprios homens reunidos em sociedade.

Portanto, não se pode afirmar que os direitos sejam inerentes aos homens, mas são históricos e devem ser estudados como fenômenos nos momentos da história humana, para reconhecê-los como são hoje.

No século XX, o marco histórico que desafiou o curso histórico dos direitos humanos e reforçou os estudos sobre a dignidade da pessoa humana foi a segunda grande guerra mundial. Os vencidos pelo jugo nazista sofriam as mais graves violações à dignidade, tendo resultado na morte de milhões de pessoas.

Ao dar entrada num campo de concentração nazista, o prisioneiro não perdia apenas a liberdade e a comunicação com o mundo exterior. Não era, tão só, despojado de todos os haveres: as roupas, os objetos pessoais, os cabelos, as próteses dentárias. Ele era, sobretudo, esvaziado do seu próprio ser, da sua personalidade, com a substituição altamente simbólica do nome por um número, freqüentemente gravado no corpo, como se fora a marca de propriedade de um gado. (COMPARATO, 2013, p. 36).

O recrudescimento dos direitos humanos foi corolário de registros históricos de violações frontais aos mais básicos direitos do homem. A segunda grande guerra foi um evento cuja repetição não se deseja na história e normas subsequentes foram formatadas para evitar novos ataques à dignidade humana na história.

O nazismo defendia a seguinte lógica: certa comunidade identitária (arianos) era entendida como a verdadeira e única portadora dos valores germânicos, devendo o governo nacional extrair a 'ameaça existencial' (judeus, ciganos, deficientes, etc.) da identidade coletiva com uma 'solução final'. Ainda que a maioria dos alemães não soubesse do extermínio em massa dos judeus nos campos de concentração, o antissemitismo era abertamente defendido e socialmente construído como um assunto político relevante para a identidade germânica. Imaginar, atualmente, que algum país da Europa ocidental corra o risco de adotar a sharia islâmica, se a identidade nacional não for protegida, é tão irreal quanto a crença nazista de que os judeus acabariam por transformar a Alemanha em instrumento de grande conspiração sionista mundial (BRANCANTE, 2009, p. 97)

Eventos como o holocausto fazem a humanidade refletir sobre conceitos de direitos humanos, sobre a posição do homem na história. Destaca-se que “a compreensão da

dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral” (COMPARATO, 2013, p. 50).

A Constituição da Alemanha, regente das situações fáticas expostas no holocausto, tinha dispositivo sobre a dignidade humana. “O artigo 151 inc. III, assim dispunha: ‘a disciplina da atividade econômica deve corresponder aos princípios da justiça, com vista a assegurar uma existência humana digna para todos. Nesses limites assegurar-se-á a liberdade econômica dos indivíduos.’” (SARLET, 2013, p. 48). A realidade dos judeus não era consonante com o exposto na norma alemã.

A ciência do direito se reinventou após as guerras. A aplicação positivista do direito se convolou em aplicação humanista. O reforço à dignidade humana nas ordens jurídicas dos países salientou tais mudanças na sociedade, com reforços ao reconhecimento dos direitos humanos.

Na transição entre o século XX e XXI, observamos o recrudescimento do desenvolvimento tecnológico e da diminuição de distâncias, com a facilitação dos meios de comunicação e transporte. Há, em Comparato, “as bases para a construção de uma cidadania mundial, onde já não há relações de dominação, individual ou coletiva”. (COMPARATO, 2013, p. 51).

É desejável que tais bases humanistas se transformassem em realidade, mas o modo de produção capitalista, com a supervalorização de bens e posses e o egoísmo para acumulação de recursos, além da exploração desenfreada do homem pelo próprio homem para a geração de mais riquezas, impõe barreiras ao pleno respeito e ao desenvolvimento da dignidade humana.

Com influência da dignidade da pessoa humana da Idade Média, fundamento da doutrina e religião cristãs, o Papa Francisco, maior líder da igreja católica na segunda década desde século XXI, aponta sobre o materialismo e o respeito à dignidade humana, que “o primeiro comércio que o homem faz de sua dignidade é por amor ao dinheiro, o apego ao dinheiro, que vai ocupando o lugar de Deus.” (BERGOGLIO, 2013, p. 24).

No decorrer da Guerra Fria, restou reforçada a necessidade do recrudescimento do reconhecimento mundial dos direitos humanos, em detrimento do poder de soberania dos países. Os dois países hegemônicos – Estados Unidos e União Soviética – detinham potencial atômico de destruir toda a vida existente no planeta, e era necessário um organismo supranacional, como a Organização das Nações Unidas, para controlar o uso da força em detrimento de vidas humanas.

Os direitos humanos decorrentes dos tratados internacionais, como o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos ou a Convenção americana sobre os Direitos Humanos, são indissociáveis da história, estando, portanto, a historicidade na essência dos direitos humanos. A normatização internacional decorreu das mais severas violações ao ser humano e a seus direitos, cometidas na Segunda Guerra Mundial.

Outra nota da essência das normas de direitos humanos é a universalidade: são destinadas a todas as pessoas. Em sendo pessoa, em sendo humano, são aplicáveis as normas decorrentes dos compromissos de direitos humanos. Tanto quanto universais, os direitos humanos são irrenunciáveis e inalienáveis, não podendo ser afastados nem mesmo mediante renúncia ou cessão do seu destinatário.

Em defesa da plena universalização dos Direitos Humanos, afirma-se que

quando já se está até mesmo a falar da existência de um *homo globalizatus*, considerando a cada vez maior facilidade de acesso às comunicações e informações, bem como a capacidade de consumo de parte da população mundial, urge que, na mesma medida, se possa também vir a falar, na esteira do que tem lecionado Paulo Bonavides, numa correspondente globalização da dignidade e dos direitos fundamentais. (SARLET, 2013, p. 172)

O globo terrestre é dividido em fronteiras políticas que segregam pessoas em Estados-nações, criados em processo relativamente recente. Em comentário à constituição alemã (Lei Fundamental), no mesmo sentido da universalização dos direitos humanos, é esclarecido que:

A cláusula da dignidade humana prevista no artigo 1º, inc. I, da Lei Fundamental não constitui uma particularidade da nossa Lei Fundamental, mas sim um ‘tema típico’ e atualmente central para muitos dos Estados Constitucionais integrantes da ‘Família das Nações’ (SARLET, 2013, p. 46)

Em Kant, no século XVIII, temos “A Paz Perpétua” como proposição de uma sociedade universal, com respeito unívoco pelos direitos humanos. No século XXI, ainda não temos tal sociedade ínsita na ideia do iluminista alemão, mas há normativos como a Convenção Sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, nos termos da Resolução n. 45/158, da Assembleia Geral da ONU, de 18 de dezembro de 1990, que avança no sentido de direitos efetivamente universais. Infelizmente a Convenção citada ainda não integra a ordem jurídica do Brasil, pois está pendente de análise no Congresso Nacional.

Cabe destacar o artigo 5º, §§ 2º e 3º da Constituição Federal do Brasil, que abre a ordem jurídica brasileira às inovações dos direitos humanos no mundo. O Direito comparado

e o cotejo das normas internas com a ordem jurídica de outras nações, sempre de forma que tenha a dignidade humana como *ultima ratio*, são mecanismos que devem ser manejados pelo cientista e aplicador da lei em benefício da condição humana.

Kant, no século XVIII, afirmou em “A Paz Perpétua” que:

a violação do direito num lugar da Terra se sente em todos os outros, a ideia de um direito cosmopolita não é nenhuma representação fantástica e extravagante do direito, mas um complemento necessário de código não escrito, tanto do direito político como do direito das gentes, num direito público da humanidade em geral e, assim, um complemento da paz perpétua. (KANT, 2008, p. 22)

O ano de 1948, assim como o de 1789, quando tivemos a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, foi marco legal de extrema significância para os Direitos Humanos. “Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, o humanismo político da liberdade alcançou seu ponto mais alto este século.” (BONAVIDES, 1997b, p. 527). A Declaração Universal da ONU, de 1948, “revitalizou e universalizou – após profunda barbárie na qual mergulhou a humanidade na primeira metade deste século – as premissas basilares da doutrina kantiana”. (SARLET, 2013, p. 55).

Bobbio registra que “as exigências apresentadas em todos os tempos e em todos os ambientes sociais pela melhoria da condição do homem terminara na reivindicação de liberdade e de direitos sinteticamente qualificados de Direitos Humanos” (BOBBIO, 2010, p. 355).

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, houve a criação de um sistema global e de sistemas regionais de direitos humanos, com compromissos legislativos internacionais de direitos humanos cogentes, em nível global e regional. A Declaração Universal era prevista para “ser etapa anterior à elaboração de um ‘tratado internacional de direitos humanos’.” (RAMOS, 2014, p. 147).

A Organização das Nações Unidas, decorrente da reorganização dos países após a Segunda Guerra Mundial, com objetivo de reafirmar o valor e a dignidade da pessoa humana e a fé nos direitos humanos, tem como missão “o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”. (ONU, 1948). O sistema global dos direitos humanos, decorrente da Organização das Nações Unidas, criada em 1945 pelos países, tem como premissa histórica as violações aos direitos do homem na Segunda Guerra Mundial, com o fim de proteção da humanidade de atos violadores dos direitos humanos. A Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos são documentos normativos, mesmo que sem forma de tratado

internacional, que inovam no mundo para criar os direitos humanos em nível global, em proteção dos direitos humanos para todos, sem qualquer distinção.

A Organização das Nações Unidas é a instituição responsável mundialmente, no pós-Segunda Guerra, pela salvaguarda manutenção da paz mundial e pela segurança na relação entre os países, bem como para o respeito aos direitos humanos em nível global, havendo uma Assembleia Geral na qual cada país tem direito a voto, o que dá legitimidade a suas ações.

Ainda em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou o texto da Convenção para a Prevenção e a Repressão do crime de Genocídio, que entrou em vigência em nível global em novembro de 1970. O próprio conceito de genocídio foi decorrente do massacre dos judeus na Alemanha nazista. A Convenção passou a integrar a ordem jurídica brasileira através do Decreto nº 30.822, de 1951.

Em 1966, foram adotados pela ONU, em nível global, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Neste ano, foram criados “mecanismos de sanção às violações de direitos humanos” (COMPARATO, 2013, p. 291), com adesão tardia pelo Brasil através do Decreto 592/1992. A Organização dos Estados Americanos – OEA - tem organização e competência normativa simétrica à ONU, mas em nível regional interamericano. Em 1969, no continente americano, dentro do sistema regional interamericano de direitos humanos, foi aprovada na OEA a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com diretrizes similares à anterior Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, que criou o sistema regional europeu de direitos humanos. Além dos sistemas regionais europeu e americano, há o sistema africano de direitos humanos, com marco normativo na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos, de 1981. (COMPARATO, 2013, p. 409)

A Convenção Americana de Direitos Humanos é também conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*. Foram criadas, em suas normas, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com competências inscritas nos artigos para 44 a 69 da Convenção (BRASIL, 1992). Dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos são objeto de pesquisa no capítulo 3.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos pode ser provocada por pessoas físicas ou jurídicas e Estados noticiantes de violações de direitos humanos nos Estados interamericanos. Após analisado o fato, respeitada a soberania do Estado reclamado, pois há necessidade de encerramento das instâncias e recursos internos, a Comissão elabora um Primeiro Relatório e encaminha ao Estado reclamado. Se o Estado não cumprir

voluntariamente as recomendações do Relatório, a demanda é encaminhada à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem competência consultiva e contenciosa, só podendo ser instada pelos Estados e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tendo como réu nas ações apenas os Estados. A sentença da Corte gera o dever do Estado de cumprir a determinação, nos termos do artigo 68.1 da Convenção (BRASIL, 1992), norma assentida pelos Estados que aderiram à Convenção Americana de Direitos Humanos.

Cançado Trindade reforça o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos no século XX:

El gran legado del pensamiento jurídico de la segunda mitad del siglo XX, mediante la emergencia y evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha sido, a mi juicio, el rescate del ser humano como sujeto del derecho tanto interno como internacional, dotado de capacidad jurídica internacional. Pero este avance viene acompañando de nuevas necesidades de protección, a requerir nuevas respuestas por parte del propio corpus juris de protección. Es el caso, en nuestros días, de las personas afectadas por los problemas planteados en el presente procedimiento consultivo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (CIDH, 2003)

As normas do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos do ano de 1966, dentro do sistema global de proteção aos direitos humanos, foram criados como tratados internacionais para dar efetividade à Declaração Universal dos Direitos Humanos, considerando que esta declaração de direitos não impunha consequências jurídicas a graves violações dos direitos humanos aos quais se propôs a evitar.

A autodeterminação dos povos está inscrita no artigo primeiro de ambos os pactos de 1966, regulando aí um importante aspecto no que concerne às retiradas compulsórias de estrangeiros dos territórios dos países, pois estariam os povos dos países subscritores dos pactos livres para deliberarem em lei as hipóteses de retiradas compulsórias de estrangeiros dos respectivos territórios. Há no artigo 1º que “Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político [...]” (BRASIL, 1992). Mas, no final do artigo, há um limite à livre determinação, quando a norma expõe que os Estados “deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas.” (BRASIL, 1992)

O conteúdo dos pactos aponta, em vários dispositivos, para uma proteção dos direitos humanos, de todos os seres humanos, independentemente de quaisquer condições como a nacionalidade ou língua.

Sobre o conceito de soberania estatal:

O Estado, tal como se desenvolveu durante a Idade Moderna na Europa, apóia-se desde seus primórdios no poder aquartelado do exército, da polícia e da execução penal, e monopoliza os meios do uso legítimo da violência. A soberania interna significa a imposição eficiente da ordem jurídica do Estado; a soberania externa significa a capacidade de se afirmar na concorrência com as grandes potências (tal como elas surgiram, depois da paz de Vestfália, no sistema dos Estados europeus). (HABERMAS, 2002, p. 167)

Em referência ao filósofo prussiano Kant, Rezek aduz, relativizando a soberania e engrandecendo o valor do ser humano migrante, que “Na atualidade, encontra-se também difundida a visão de que os direitos humanos se fundam no reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da espécie humana...” (REZEK, 2010, p. 616). Em Mendes, vimos que “É o princípio da dignidade da pessoa humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça” (MENDES, 2007, p. 227).

Se os direitos humanos estão postos diante do reconhecimento da dignidade pertinente a todos os membros da espécie humana, devemos sopesar o poder de soberania em limitar a entrada de migrantes estrangeiros e promover retiradas compulsórias com os direitos de quaisquer pessoas, nacionais ou estrangeiros. Os direitos humanos são normas que limitam o poder e arbítrio estatais nas retiradas compulsórias de estrangeiros do país.

A criação de um regime internacional de direitos humanos estaria, pois, levando a uma perda da autonomia do Estado na tarefa de decidir sobre questões referentes ao direito de entrada, ao tipo de diferenciação entre nacionais e estrangeiros dentro de seu território, ao direito de residência permanente e aos critérios de nacionalização. Diante deste quadro de transferência de direitos do cidadão para o indivíduo, alguns autores consideram que o Estado está perdendo o controle de suas fronteiras e que estaria surgindo uma espécie de cidadania pós-nacional ou transnacional (REIS, 2004, p. 157)

Ademais, a migração não é um drama, nem o migrante, uma vítima do Estado, mas ser humano que merece respeito e consideração dos Estados-nações.

Cada Estado não pode debater e regular a questão migratória levando em conta apenas os seus interesses, desrespeitando os direitos humanos, não se apercebendo da abrangência global da questão e da necessidade de cooperação para a eficácia de qualquer provimento dado. Quando isso ocorrer, há a necessidade de uma intervenção da comunidade internacional, pois eles estão descumprindo um dos preceitos da soberania, que é a defesa da população. (SILVA, 2012, p. 30)

A Convenção Americana de Direitos Humanos e outros compromissos internacionais de direitos humanos têm supremacia, no ordenamento jurídico brasileiro, sobre a lei do estrangeiro de 1980. No que concerne aos limites à soberania estatal impostos por normas internacionais de direitos humanos, Vedovato destaca que

não seria errado pensar que outras fontes normativas internacionais, como os tratados internacionais de direitos humanos, poderiam limitar a liberdade do Estado, que não mais teria competência para decidir pela entrada ou não do estrangeiro de forma totalmente desprovida de controle. (VEDOVATO, 2013, p. 66)

Todo ato referente a impedimento, repatriação, deportação ou expulsão de estrangeiros do Brasil tem de ser analisado sob a ótica da compatibilidade com a Constituição Federal de 1988 e com os compromissos de direitos humanos assumidos pelo Brasil, pois:

A partir do conceito de soberania do direito público internacional clássico resulta a proibição fundamental de intromissão nos assuntos internos de um estado reconhecido internacionalmente. Embora essa proibição seja reforçada na Carta das Nações Unidas, desde seu surgimento ela entra em concorrência com o desenvolvimento da proteção internacional dos direitos humanos. O princípio da não intromissão foi minado durante as últimas décadas, mormente pela política dos direitos humanos. (HABERMAS, 2002, p. 168)

Portanto, observamos que a Segunda Guerra Mundial é marco histórico para a internacionalização dos direitos humanos e como impulso para importantes normas ou compromissos internacionais de direitos humanos, com reflexos no trato normativo das migrações e das retiradas compulsórias de estrangeiros.

2.2 ENGAJAMENTO BRASILEIRO NOS COMPROMISSOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A Constituição Federal brasileira trata a desigualdade entre seres humanos, nacionais e estrangeiros, como exceção. Como exemplo de exceção mais relevante à igualdade do estrangeiro com o brasileiro há a inscrita no artigo 14, §2º, da Constituição Federal, que veda o direito a voto ao estrangeiro.

Na ordem jurídica brasileira, a dignidade da pessoa humana é fundamento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Mais que fundamento, “considerado

de valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional” (MENDES, 2007, p. 140), temos o cotejo da dignidade da pessoa humana como fim em quaisquer ações estatais.

Ao pesquisar qual dos conceitos ou em qual momento histórico a Constituição Brasileira albergou o princípio da dignidade da pessoa humana, concluímos que a fonte é nos conceitos de dignidade da pessoa humana na filosofia de Immanuel Kant (WEYNE, 2013).

A inscrição da dignidade da pessoa humana, logo no primeiro artigo da lei maior do país, não é por acaso. É escolha do legislador constituinte por valorizar os fundamentos da ordem jurídica posta e obrigatória a todos, seja em relações públicas, seja em âmbito privado. Tem cunho “pedagógico primário”, e “a Constituição assume este compromisso perante si própria” (SARLET, 2013, p. 49). A análise de tal escolha do legislador é determinante.

Uma Constituição que se compromete com a dignidade humana lança, com isso, os contornos da sua compreensão do Estado e do Direito e estabelece uma premissa antropológico-cultural. Respeito e proteção da dignidade humana como dever (jurídico) fundamental do Estado constitucional constitui a premissa para todas as questões jurídico-dogmáticas particulares. Dignidade humana constitui a norma fundamental do Estado, porém é mais do que isso: ela fundamenta também a sociedade constituída e eventualmente a ser constituída. Ela gera uma força protetiva pluridimensional, de acordo com a situação de perigo que ameaça os bens jurídicos de estatura constitucional. (SARLET, 2013, p. 81)

No Brasil, os parágrafos 2º a 4º do artigo 5º da Constituição da República estipulam que:

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

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (BRASIL, 1988)

Conforme excerto acima, a Constituição Federal de 1988 relativiza a própria soberania em nome da dignidade da pessoa humana, consoante Piovesan, sobre a Constituição Federal,

os direitos e garantias nela expressos não excluem outros, decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, a Constituição de 1988 passa a incorporar os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos ao universo dos direitos constitucionalmente consagrados (PIOVESAN, 2011, p. 138).

Ratifica a autora que, em caso de conflito da Constituição Federal com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, "adota-se o critério da prevalência da norma mais

favorável à vítima [...] a primazia é da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos da pessoa humana." (PIOVESAN, 2011, p. 158)

O citado parágrafo, segundo do artigo quinto da Constituição Federal de 1988, inclui na proteção do ordenamento jurídico brasileiro os direitos previstos nos tratados internacionais aos quais o país manifestou adesão, abrindo o leque de direitos fundamentais constitucionalmente previstos a inovações trazidas por normas internacionais de direitos humanos, demonstrando que “a Constituição não detém a pretensão de completude. A incompletude da Carta aponta para sua abertura, o que permite a flexibilidade necessária ao contínuo desenvolvimento político” (PIOVESAN, 2011, p. 108).

Já os parágrafos terceiro e quarto do artigo quinto foram incluídos pela Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004. A inclusão do parágrafo terceiro deu-se na tentativa de afastar dúvida jurisprudencial sobre o *status* – constitucional ou supralegal – das normas internacionais de direitos humanos (PIOVESAN, 2011, p 125), restando assentado na jurisprudência brasileira o caráter supralegal (e não constitucional) dos tratados internacionais de direitos humanos (BRASIL, 2008).

Para um panorama dos principais Tratados Internacionais de direitos humanos em âmbito global e sua respectiva adesão pelo Brasil, reproduzimos quadro da obra de André de Carvalho Ramos (2014, p. 647):

ANEXO – ESTÁGIO DE RATIFICAÇÃO DOS TRATADOS ONUSIANOS

TRATADO	QUANTIDADE DE PAÍSES QUE RATIFICARAM OU ADERIRAM	RATIFICAÇÃO/ ADESÃO DO BRASIL	DATA DE RATIFICAÇÃO/ ADESÃO DO BRASIL
Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio	142	x	15-4-1952
Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial	175	X	27-3-1968
Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais	160	X	24-1-1992
Protocolo Facultativo ao Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais	8	–	–
Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos	167	X	24-1-1992
Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos	114	X	25-9-2009
Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos para Abolição da Pena de Morte	75	X	25-9-2009
Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher	187	X	1º-2-1984
Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher	104	X	28-6-2002
Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes	153	X	28-9-1989
Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes	65	X	12-1-2007

Convenção sobre os Direitos das Crianças	193	X	24-9-1990
Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Crianças, relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados	150	X	27-1-2004
Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Crianças, relativo ao Tráfico, Prostituição e Pornografia Infantil	162	X	27-1-2004
Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Crianças, relativo aos Procedimentos de Comunicação	2	-	-
Acordo Constitutivo do Fundo para o Desenvolvimento dos Povos Indígenas da América Latina e do Caribe	23	X	17-6-1998
Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências (<i>aprovado internamente pelo rito especial do art. 5º, § 3º</i>)	127	X	17-6-1998
Protocolo Facultativo sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (<i>aprovado internamente pelo rito especial do art. 5º, § 3º</i>)	76	X	1º-8-2008
Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado	127	X	1º-8-2008
Convenção Internacional sobre a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias	46	-	-
Convenção Internacional sobre a Supressão e Punição do Crime de <i>Apartheid</i>	108	-	-
Convenção Internacional contra o <i>Apartheid</i> nos Esportes	60	-	-
Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade	54	-	-

Destaque-se que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é a única com *status* constitucional (e não supralegal) no Brasil, em razão da aprovação em rito procedimental similar à de Emenda Constitucional, nos termos do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal (BRASIL, 2009b).

2.3 O BRASIL E O SISTEMA AMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.

O Brasil está inserido no sistema regional interamericano de direitos humanos, decorrente da adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992 (BRASIL, 1992). Este compromisso internacional de direitos humanos traz determinações que vinculam o agente público de imigração brasileiro no trato com a regulação de entrada de estrangeiros no Brasil.

O Brasil, como integrante da Convenção Americana de Direitos Humanos, pode ter assento na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esta corte internacional de direitos humanos, em sua competência consultiva, emitiu o Parecer Consultivo nº 18, que dá interpretação à Convenção Americana de Direitos Humanos no que concerne especificamente aos direitos dos estrangeiros sem documentos ou que de qualquer forma estejam irregulares no país, trazendo novos mandamentos jurisprudenciais ao trato dos migrantes no Brasil. (CIDH, 2003)

A Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de San José da Costa Rica, no âmbito interamericano da Organização dos Estados Americanos, regula diretamente as retiradas compulsórias de estrangeiros no artigo 22 inciso 6, estipulando que “O estrangeiro que se encontre legalmente no território de um Estado-parte na presente Convenção só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei” (BRASIL, 1992). A convenção apresenta outras normas que são diretamente aplicáveis às retiradas compulsórias no Brasil, como a vedação inscrita no artigo 22 inciso 8, de retirada compulsória para “onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas” (BRASIL, 1992).

Logo no preâmbulo, o Pacto de San José da Costa Rica destaca que “os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana” (BRASIL, 1992),

confirmando o princípio da universalidade da aplicação das normas de direitos humanos e ratificando no artigo 1º do Pacto que “Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”. (BRASIL, 1992).

O Pacto de San José não apresenta apenas direitos. O artigo 32 estipula dever diretamente aplicável à expulsão de estrangeiros, determinando que “Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática.” (BRASIL, 1992) Portanto, a expulsão de estrangeiros é também justificada, na convenção, pela segurança e bem comum, de forma similar aos dispositivos com previsões discricionárias da Lei 6.815/80.

A Convenção Americana de Direitos Humanos prevê a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como corte internacional de interpretação e julgamento da Convenção Americana de Direitos Humanos no continente americano, tendo competência contenciosa e consultiva. Integram a corte sete juízes eleitos pelos Estados-partes da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos ratifica a proteção dos direitos humanos, que

deben ser respetados y garantizados por todos los Estados. Es incuestionable el hecho de que toda persona tiene atributos inherentes a su dignidad humana e inviolables, que le hacen titular de derechos fundamentales que no se le pueden desconocer y que, en consecuencia, son superiores al poder Del Estado, sea cual sea su organización política. (CIDH, 2003)

A doutrina jurídica nacional entende que os direitos fundamentais dos estrangeiros não estão afastados, independentemente de sua situação (MENDES, 2007, p. 262, 685; SILVA, 2009, p. 191; SARLET, 2010, p. 212). Independentemente de serem nacionais ou estrangeiros, são antes seres humanos, pessoas que têm direitos decorrentes dos compromissos internacionais de direitos humanos.

Deve-se questionar ainda se a aplicação de tratados internacionais de direitos humanos sobre certas minorias brasileiras, em país de grandiosas dimensões como o Brasil, não caracteriza uma ótica ocidental dominante sobre culturas de minorias que não partilham de uma opinião dominante, podendo serem dominadas pela visão ocidental de uma maioria dominante. Ingo Sarlet lembra que

o conceito corrente de direitos humanos e a própria noção de dignidade da pessoa assentam num conjunto de pressupostos tipicamente ocidentais, quando em verdade, todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, muito embora nem

todas elas a concebiam em termos de direitos humanos, razão pela qual se impõe o estabelecimento de um diálogo intercultural, no sentido de uma troca permanente entre diferentes culturas e saberes, que será viabilizado pela aplicação de uma ‘hermenêutica diatrópica’, que, por sua vez, não pretende alcançar uma completude em si mesma inatingível, mas sim, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua entre diversas culturas por meio do diálogo. (SARLET, 2013, p. 38)

Em não respeitando particularidades dos povos, o Estado pode tratar desigualmente pessoas iguais ou mesmo acentuar desigualdades fáticas na aplicação de leis e políticas públicas. A isonomia é princípio básico nas ordens jurídicas ocidentais.

Podemos citar a particularidade de algumas comunidades ameríndias da Amazônia. Culturas locais de índios na Amazônia entendem o cosmo de forma totalmente díspare da cultura dominante, sem perpassar por todo o histórico de compromissos internacionais de direitos humanos, podendo haver injustiça na aplicação de normas internacionais lastreadas em conceitos ocidentais.

A disparidade entre natureza e cultura ou homem e natureza não tem assentimento por comunidades ameríndias. Viveiros de Castro, sobre as culturas dos índios na América indígena, ensina que

as categorias de Natureza e Cultura, no pensamento ameríndio, não só não subsumem os mesmos conteúdos, como não possuem o mesmo estatuto de seus análogos configurações relacionais, perspectivas móveis, em suma - pontos de vista (CASTRO, 2002, p. 349).

A racionalidade humana, tendo o homem como ápice dos seres no mundo, ratificado desde a visão sofista do homem como medida de todas as coisas até pela visão bíblica do homem como filho de Deus e dominador dos outros seres, é questionada em culturas ameríndias.

A visão ameríndia, a título exemplificativo, aponta que “quando estão reunidos em suas aldeias na mata, p. ex., os animais despem as roupas e assumem sua figura humana. Em outros casos, a roupa seria como que transparente aos olhos da própria espécie e dos xamãs humanos”. (CASTRO, 2002, p. 351). O *logos* ameríndio compreende que “cada espécie de ser aparece aos outros seres como aparece para s mesma – como humana” (CASTRO, 2002, p. 354). Ora, nesse diapasão, teríamos uma dignidade para todos os seres na natureza, pois todos partilham da mesma humanidade e seriam merecedores de proteção de normas internacionais de direitos humanos.

A própria condição humana no ameríndio é invertida do pensamento científico no século XXI, lastreado em Darwin e no evolucionismo. “A condição original comum aos humanos e animais não é a animalidade, mas a humanidade” (CASTRO, 2002, p. 355).

Ratifica-se que, adaptando-se (se possível fosse) a visão ocidental de ser humano, teríamos que não só as pessoas, mas todos os seres merecendo igual tratamento, como únicos, irrepetíveis e, enfim, dignos de respeito e consideração nos termos das normas estipuladas pela sociedade.

Caso o Brasil afaste a proteção das normas internacionais de direitos humanos daqueles estrangeiros que se encontrem em seu território, por qualquer que seja o critério discriminatório e sem a compreensão plena do não brasileiro como ser humano também detentor de direitos, estaria afastando o direito a até mesmo a ter quaisquer direitos no Brasil.

Observa-se, de um lado, o princípio jurídico da soberania estatal no livre exercício do poder do Estado na regulação das hipóteses de expulsão de estrangeiros do Brasil, e, de outro, o princípio jurídico da Dignidade da Pessoa Humana, dentre outros de proteção a seres humanos inscritos em compromissos internacionais de direitos humanos com a marca da universalidade, efetivando mudanças no tradicional conceito de soberania como poder máximo do Estado dentro de seu território.

Pode-se destacar que "o Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhes garantir os direitos básicos" (MENDES, 2007, p. 222). O Estado é uma criação humana. Não se pode concluir outro objetivo do Estado senão o bem das pessoas. Os direitos humanos vêm reforçar a aplicabilidade dos direitos humanos a todos – nacionais ou estrangeiros.

Em essência, nacionais e estrangeiros são seres humanos e merecem respeito e consideração de qualquer Estado. Isto é ratificado nos dispositivos da Constituição Federal e dos compromissos de direitos humanos assumidos pelo Brasil.

A Lei 6.815/80 “Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil” (BRASIL, 1980) e em seu artigo 95 assim determina sobre o tratamento igualitário entre brasileiros e estrangeiros:

Artigo 95. O estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis.
(BRASIL, 1980)

Não é cabível o afastamento de direitos fundamentais aos estrangeiros no Brasil, seja qual for a condição de entrada ou estada do estrangeiro no Brasil. Os Estados têm obrigações

para com quaisquer pessoas em seus territórios, decorrentes de compromissos internacionais de direitos humanos.

3. SOBRE A CONSISTÊNCIA DAS PRÁTICAS DE RETIRADAS COMPULSÓRIAS DE ESTRANGEIROS DO BRASIL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Este capítulo apresenta reflexões sobre a execução das medidas compulsórias contra estrangeiros no Brasil, em análise conjunta com as normas internacionais de direitos humanos. Destacam-se novas normas em debate para implementar, na legislação, dispositivos legais, no Brasil e no exterior, compatíveis com os direitos humanos e analisar as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos na regulamentação dos direitos dos estrangeiros submetidos às retiradas compulsórias do Brasil

3.1 REFLEXÕES SOBRE A PRÁXIS E AS NORMAS QUE REGULAMENTAM AS RETIRADAS COMPULSÓRIAS DE ESTRANGEIROS DO BRASIL.

Foi relatado que, especificamente no tema dos tratados internacionais de direitos humanos, o Brasil aderiu, através do Decreto número 678, no ano de 1992, à Convenção Americana de Direitos Humanos, no sistema interamericano de direitos humanos, além de outros compromissos internacionais de direitos humanos no sistema global de proteção aos direitos humanos.

Os dispositivos legais dos compromissos internacionais de Direitos Humanos têm força normativa superior às demais leis ordinárias e complementares brasileiras, nos termos de reiterada e recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O STF reconhece em seus julgados que os compromissos internacionais de direitos humanos têm *status* jurídico supralegal no Brasil.

Autores interpretam que as normas decorrentes de compromissos internacionais de direitos humanos assumidos pelo Brasil tem *status* jurídico similar às normas constitucionais (MAZZUOLI, 2009; PIOVESAN, 2011). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entretanto, firmou-se no sentido da condição supralegal, e não constitucional, das normas oriundas dos compromissos internacionais de Direitos Humanos.

O paradigma para tal reconhecimento da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos foram os julgados que culminaram na Súmula Vinculante nº 25, que

afirma que “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” (BRASIL, 2014f). Nos fundamentos desta jurisprudência, é afirmada a supremacia legal dos tratados internacionais de direitos humanos:

A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. (BRASIL, 2008)

Portanto, podemos concluir das premissas expostas que, ao confrontar duas normas brasileiras – a Lei ordinária 6.815/80, que “define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração” (BRASIL, 1980), e as normas decorrentes de compromissos internacionais de direitos humanos, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, inscrita na ordem jurídica pátria pelo Decreto 678/92 (BRASIL, 1992), temos a supremacia dos termos destas normas de direitos internacional de direitos humanos sobre a lei que regula as retiradas compulsórias de estrangeiros do Brasil.

O *status* supralegal dos compromissos internacionais de direitos humanos no Brasil é assentado na literatura, mas há divergências, cabendo citar:

a contenda sobre a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil é reduzida – ou, ao menos, demasiadamente apegada – ao enfrentamento da (im)possibilidade da prisão civil do depositário infiel. Ademais, a decisão do STF de 3.12.2008 não revela a posição da Corte sobre o status dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro por três razões: (a) não houve uma discussão teórica séria sobre o mote, porquanto o motivo do debate foi resolver o caso concreto, isto é, expungir a possibilidade de prisão do depositário infiel na ordem jurídica pátria; (b) o resultado da decisão reflete uma indefinição das posições da Corte, demonstrando a contingência do posicionamento majoritário, tendo em vista que, atualmente, há um empate virtual de 4 a 4 entre os ministros sobre a tese adotada – se do status constitucional ou do status supralegal. (BARRETO, 2014, p. 368)

Registre-se que, além do *status* superior no ordenamento jurídico interno, as normas ínsitas a compromissos internacionais de direitos humanos têm legitimidade por decorrerem de assentimento dos próprios Estados em organização internacional, com base em “princípios e valores da comunidade na qual Estados estão inseridos” (MOREIRA, 2009, p. 64), pois “A partir do momento em que um Estado é reconhecido pela comunidade internacional gera-se a noção de pertencer a uma comunidade com regras.” (idem)

O pertencimento do Brasil a uma comunidade de Estados que define a legislação internacional, inclusive através de compromissos internacionais de direitos humanos, dá

legitimidade a estas normas, entendendo-se legitimidade como na “dimensão de participação política nas decisões” (MOREIRA, 2009, p. 41), obrigando o país ao cumprimento do que fora estipulado nas normas.

Em outra dimensão da legitimidade das normas internacionais, incluídas as decorrentes dos compromissos internacionais de direitos humanos, cabe ao Brasil o cumprimento dos compromissos internacionais, independentemente de coerção, porque “Estados não fazem interações randômicas, mas que aceitam responsabilidades derivadas em uma responsabilidade mais geral que é a de ser membro de uma comunidade” (MOREIRA, 2013, p. 65), configurando a dimensão da coerência da legitimidade das normas internacionais às quais o Brasil manifestou adesão.

A busca da consistência da *práxis* dos agentes públicos nas retiradas compulsórias de estrangeiros do Brasil com as normas internacionais de direitos humanos e, especificamente, com a Convenção Americana de Direitos Humanos dá coerência ao sistema jurídico.

As retiradas compulsórias em estudo são interpretadas na literatura jurídica como de aplicação plena, decorrentes do poder soberano estatal. Portela destaca que “as condições para a entrada e a permanência de um estrangeiro encontram-se estabelecidas na legislação de cada Estado, que é livre, no exercício de sua soberania, para definir o marco legal a respeito e para concluir tratados na matéria.” (2010, p. 257).

Os atos administrativos ínsitos à Lei 6.815/80 devem obediência à Convenção Americana de Direitos Humanos e outros compromissos internacionais de direitos humanos assumidos pelo Brasil, em consonância com o devido processo legal. Aplicam-se corretamente as normas e se faz justiça quando se obedece à hierarquia no ordenamento jurídico.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos registra a vulnerabilidade dos migrantes, diante da ausência de uma organização internacional específica à proteção dessas pessoas:

Es necesario resaltar la vulnerabilidad de los migrantes, la cual se ve exacerbada no sólo por el número limitado de países que han ratificado los instrumentos internacionales para su protección, sino también por la carencia de una organización internacional que tenga el mandato específico de proteger los derechos fundamentales de tales personas. Con respecto a este último aspecto, es importante señalar que el Estatuto de la Organización Internacional para las Migraciones se refiere al manejo y la administración de la migración, que no necesariamente corresponde a la protección de los derechos fundamentales de los migrantes. (CIDH, 2003)

Os agentes públicos têm ampla discricionariedade na praxe do impedimento, repatriação, deportação e expulsão de estrangeiros, diante de previsões legais abertas e subjetivas sobre as medidas compulsórias.

No direito administrativo, a discricionariedade é bem mais restrita, pois qualquer ato administrativo tem como balizas a lei e o interesse público. Discricionariedade não significa liberdade plena ou arbítrio na decisão. Em análise dessas possibilidades legais de retiradas compulsórias de estrangeiros, cabe ao agente público atuar diante de determinações legais, supralegais e constitucionais. Ademais, os compromissos internacionais de Direitos Humanos estão em *status* supralegal no ordenamento jurídico brasileiro, devendo tal assertiva ser considerada na hermenêutica das normas aplicáveis ao caso concreto, levado a efeito pelo agente público. A literatura jurídica explana o ato discricionário como os que “a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles” (MELLO, 2009, p. 424).

A Organização Internacional para Migrações destaca que o trato dos poderes para com o fenômeno migratório deve ser o vislumbre “[...] de se estar lidando com seres humanos (que não perdem seus direitos básicos ao cruzar fronteiras)” (BRASIL, 2013a).

Ademais, “Diante das coações e dos imperativos subversivos do mercado global e tendo em vista o adensamento mundial das comunicações e do transporte, a soberania externa dos Estados, seja qual for sua fundamentação, tornou-se hoje em dia, aliás, um anacronismo.” (HABERMAS, 2002, p. 172). Não se pode fundamentar retiradas compulsórias apenas em soberania, mas no necessário sopesamento desta com os Direitos Humanos.

A discricionariedade do agente de imigração na decisão sobre a permissão da entrada do estrangeiro em pontos de imigração ou o impedimento e a consequente repatriação está limitada, portanto, pelas normas contidas na Constituição Federal de 1988, na Convenção Americana de Direitos Humanos e em outros compromissos internacionais de direitos humanos. O mesmo deve ser considerado quando for aplicada a deportação ou expulsão.

No artigo primeiro da Convenção Americana de Direitos Humanos, há a obrigação aos Estados que a ratificaram, inclusive ao Brasil, de

respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (BRASIL, 1992)

A Constituição Federal brasileira tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Em essência, nacionais e estrangeiros são seres humanos e merecem respeito e consideração de qualquer Estado, o que é confirmado nos dispositivos da Constituição Federal e dos compromissos de direitos humanos assumidos pelo Brasil.

A Constituição brasileira tem ainda como objetivos, inscritos no artigo 3º, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL, 1988).

A soberania é inscrita também como outro fundamento da República Federativa do Brasil e é em razão dela que o Estado brasileiro aplica medida de retirada compulsória de estrangeiros, nos termos da Lei 6.815/80.

O artigo 5º da Constituição Federal brasileira restringe a aplicação dos direitos fundamentais a 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, nos termos seguintes (BRASIL, 1988)

Esta restrição, “residentes no país”, aplicada ao estrangeiro pelo texto constitucional, no artigo 5º *caput*, para a plena garantia de direitos fundamentais, é de interpretação extremamente restrita na literatura jurídica (MENDES, 2007, p. 262, 685; SILVA, 2009, p. 191; SARLET, 2010, p. 212). Não é cabível o afastamento de direitos fundamentais aos estrangeiros no Brasil, seja qual for a condição de entrada ou estada do estrangeiro no Brasil. Os Estados têm obrigações para com quaisquer pessoas em seus territórios, decorrentes de vários compromissos internacionais de direitos humanos.

Sobre a isonomia do tratamento entre nacionais e estrangeiros, Casella destaca que:

A verdade é que o homem, como pessoa, tem direitos fundamentais que lhe devem ser reconhecidos em toda parte. Por isso, pode afirmar-se que existe para ele um nível mínimo de tratamento, abaixo do qual nenhuma nação pode descer. Daí o direito internacional contemporâneo reconhecer que os estrangeiros, da mesma forma que os nacionais, estão sujeitos às leis locais, mas que estas lhes devem assegurar um mínimo de direitos, em geral também assegurado aos nacionais. Esse mínimo corresponde ao chamado ‘padrão internacional de justiça’ (international standard of justice), isto é, a certos direitos fundamentais do indivíduo. (2012, p. 398)

A Lei 6.815/80 “Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil” (BRASIL, 1980), mesmo tendo como paradigma a segurança nacional, em seu artigo 95, assim determina sobre o tratamento igualitário entre brasileiros e estrangeiros:

Artigo 95. O estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis. (BRASIL, 1980)

A decisão do agente público, quanto às retiradas compulsórias de estrangeiros, é tratada pela literatura jurídica como exercício da soberania, por meio da qual o Brasil estaria livre para decidir quem entra regularmente no território do país. Por outro lado, há de ser respeitado o *due process of law* pelo agente de imigração, sob pena de caracterização de ato exercido com abuso ou desvio de poder.

Sobre a prática rotineira na migração de estrangeiros para o Brasil, a literatura especializada aponta defeitos no atendimento de estrangeiros por um órgão policial – a Polícia Federal, visto que o atendimento por policiais aos estrangeiros causaria prejuízos aos interesses dos estrangeiros, pois

a base de funcionamento da Polícia Federal é uma lógica de investigação e combate à criminalidade. O resultado é que os imigrantes são atendidos como potenciais suspeitos e devem sempre provar que estão cumprindo corretamente as exigências do governo brasileiro. Ou seja, não é a autoridade governamental quem deve provar que o imigrante descumpriu a lei, mas o contrário. Os Planos Nacionais de Direitos Humanos (PNDHs) dizem, no entanto, que os imigrantes devem ter seus direitos humanos protegidos. Na ausência de diretrizes neste sentido à atuação da PF, ou de um órgão civil de migrações que execute os atendimentos segundo esta lógica, a PF continua aplicando a sua concepção ao tema. Segundo a PF, as eventuais dificuldades que os imigrantes possam ter para apresentar os documentos comprobatórios de alguma condição, como a posse de renda lícita no caso dos trabalhadores informais, são um problema menor. Na visão deste órgão, a exigência de tais documentos é imprescindível para evitar que criminosos obtenham documentos, não importando que esta exigência impeça a regularização da maioria. (BRASIL, 2011, p. 42)

Em 2011, já era pleiteada, sobre as migrações, a “criação de um órgão civil encarregado do tema, que possa também articular melhor as diversas competências a ele relativas – hoje dispersas em três diferentes ministérios” (BRASIL, 2011, p. 29). Um projeto de lei apresentado pelo Ministério da Justiça⁶ em 2014 apresenta a criação deste órgão civil para o trato com o migrante fora do ambiente policial da Polícia Federal, órgão atualmente com atribuição para o trato burocrático com o migrante no Brasil.

⁶ <http://www.cosmopolis.iri.usp.br/?q=pt-br/not%C3%ADcias/comiss%C3%A3o-de-especialistas-apresenta-anteprojeto-de-lei-de-migra%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em 11 jan 2015.

As decisões dos servidores públicos da Polícia Federal que atuam na polícia de imigração, decidindo acerca da entrada de estrangeiros no Brasil, podendo determinar a saída compulsória do estrangeiro, devem obediência à Constituição de 1988 – lei maior do Brasil, e às normas decorrentes de compromissos internacionais de direitos humanos, legislação que tem *status* supralegal ou constitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2 A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E AS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS NO BRASIL EM REFORÇO AOS DIREITOS HUMANOS

O Brasil é obrigado, nos termos do artigo segundo da Convenção Americana de Direitos Humanos, a implementar alteração legislativa no interesse do recrudescimento dos direitos humanos dos estrangeiros, para sentido de “tornar efetivos tais direitos e liberdades” (BRASIL, 1992), conforme interpretação conjunta com o artigo primeiro da convenção.

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. (BRASIL, 1992)

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos reforça a necessidade de inovação legislativa, como obrigação dos Estados que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que um Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico

interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.
(CIDH, 2003)

No âmbito do sistema global de direitos humanos, a Organização das Nações Unidas, através do Office of Legal Affairs, vem discutindo avançada proposta de legislação internacional de Direitos Humanos (*draft*) atinente às retiradas compulsórias de estrangeiros dos países integrantes da ONU (ONU, 2014b). A legislação em debate na ONU, em nossa livre tradução, fala no artigo segundo em “expulsion” como gênero: quaisquer formas de retiradas compulsórias, inclusive o impedimento de ingresso de estrangeiro no Estado. (ONU, 2014b).

O paradigma proposto na legislação em discussão na Agência de Assuntos Legislativos da ONU é a permanência da possibilidade de retiradas compulsórias de estrangeiros dos Estados como regra, mas com imposição de várias restrições à soberania estatal, decorrentes dos tratados de direitos humanos.

As inovações legislativas em discussão na ONU preveem a proteção aos refugiados (artigo 6); aos apátridas (artigo 7°); vedação de retiradas compulsórias coletivas (artigo 9°); respeito à dignidade da pessoa humana em todas as fases do processo de expulsão (artigo 13°); proteção a grupos vulneráveis (artigo 15); à família do estrangeiro submetido à medida compulsória (artigo 18); facilitação da saída voluntária do estrangeiro (artigo 21°); proteção à vida e integridade física do estrangeiro, inclusive em relação ao país de destino, quando da execução da medida compulsória (artigo 24°) e devido processo legal, com expressa previsão de ser notificado, ouvido, de interpor recurso e ter assistência consular (artigo 26).

A norma em discussão na ONU prevê ainda responsabilidade dos Estados pela retirada compulsória de estrangeiros em desacordo com as normas propostas, determinando no artigo 30 que “The expulsion of an alien in violation of the expelling State’s obligations set forth in the present draft articles or in any other rule of international law entails the international responsibility of that State.” (ONU, 2014b).

No contexto de inovação legislativa, no Brasil, está em discussão um Projeto de Lei que “Institui a Lei de Migração e cria a Autoridade Nacional Migratória.”, em substituição ao Estatuto do Estrangeiro – atual Lei 6.815/80. Xavier destaca que “o Brasil, mais cedo ou mais tarde, ver-se-á obrigado a revogar seu antiquado Estatuto, sancionando uma lei mais sensível aos problemas que a temática enseja” (XAVIER, 2012, p. 79). As inovações no Brasil são estudadas em Comissão de Especialistas criada pelo Ministério da Justiça, pela Portaria n°

2.162/2013, e discussões em reuniões de especialistas e da sociedade, na Conferência Nacional sobre Migrações e Refúgio - COMIGRAR⁷, em junho de 2014.

A lei em debate, ainda no âmbito do Ministério da Justiça, para ulterior submissão ao Poder Legislativo, pretende mudar o viés de segurança nacional insito na Lei 6.815/80 – Estatuto do Estrangeiro – que fora promulgado durante a ditadura militar e humanizar o trato do “migrante” (e não mais “estrangeiro”), prevendo, no artigo 110, que a nova lei “não prejudica direitos e obrigações estabelecidos por acordos internacionais vigentes para o Brasil e mais benéficos ao fronteiriço e ao migrante, em particular os acordos firmados no âmbito do Mercado Comum do Sul - Mercosul.”⁷

O projeto do Ministério da Justiça revoga expressamente a Lei 6.815/80; afasta a possibilidade de medidas compulsórias coletivas (artigo 50); determina comunicação à Defensoria Pública da União e ao Consulado em caso de impedimento (artigo 33); possibilita a regularização da estada do migrante antes da efetivação da deportação, inscrevendo o contraditório e ampla defesa no procedimento de deportação (artigo 34); atribui competência ao Poder Judiciário para determinar a condução coercitiva do migrante caso seja necessária a efetiva deportação e entrega a outro país (artigo 36) e limita ainda em cinco anos os efeitos da expulsão (artigo 42), solucionando várias inconsistências da norma atual com os compromissos internacionais de direitos humanos.

O projeto de lei estudado no Ministério da Justiça brasileiro, apresentado por especialistas, apresenta-nos maior efetividade na proteção e garantia dos direitos humanos aos migrantes, aponta um caminho para modernização da *práxis* da regulação migratória no Brasil.

Em relação ao impedimento e à repatriação, a inovação legislativa discutida no Ministério da Justiça pretende determinar a comunicação de qualquer ato de impedimento e repatriação, expressando, no artigo 33, que “será feita imediata comunicação às autoridades superiores competentes, em especial à Defensoria Pública da União, e à autoridade consular do país de nacionalidade do imigrante, ou quem lhe representa.”⁸

Essa comunicação aos órgãos que atuam em prol de estrangeiros não é determinada na lei atual. No artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, há determinação de que “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida” (BRASIL, 1992), destacando que pessoa é qualquer ser humano, nacional ou estrangeiro, nos termos do preâmbulo da Convenção.

⁷ <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/estrangeiros/conferencia-nacional-sobre-migracoes-e-refugio>

⁸ <http://www.cosmopolis.iri.usp.br/?q=pt-br/not%C3%ADcias/comiss%C3%A3o-de-especialistas-apresenta-anteprojeto-de-lei-de-migra%C3%A7%C3%B5es>

O artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos especifica que o direito de brasileiros ou estrangeiros serem ouvidos, no interesse de seus direitos, em “juiz ou Tribunal competente” (BRASIL, 1992) e ainda destaca que tal direito de serem ouvidos deve ser exercido “na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.” (BRASIL, 1992).

Cabe ao agente de imigração brasileiro, em obediência à norma da Convenção, mesmo sem inovação legislativa ainda vigente, dar condições ao estrangeiro para que busque direitos junto a juiz ou tribunal, sempre que o estrangeiro entender violado algum direito, mesmo que não atenda a requisitos para entrada ou estada regular no país por motivos contidos na Lei 6.815/80, pois a norma do artigo oitavo da Convenção Americana de Direitos Humanos tem *status* supralegal no Brasil.

O anteprojeto de lei do Ministério da Justiça trata não mais do “estrangeiro”, mas do “migrante”, com mudança do paradigma de segurança nacional referente à situação jurídica do estrangeiro do Brasil para um paradigma de respeito aos direitos humanos inerentes ao migrante.

Tramita também no Congresso Nacional brasileiro o Projeto de Lei do Senado nº 288 de 2013 (BRASIL, 2013b), que “institui a Lei de Migração e regula entrada e estada de estrangeiros no Brasil” e tem um título primeiro integral sobre direitos humanos, com artigo segundo, que, em aprovado, contribuirá ao recrudescimento da proteção aos direitos humanos aos migrantes, mudando o paradigma em relação às retiradas compulsórias de estrangeiros do Brasil:

Artigo 2º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios:

- I - interdependência, universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos dos imigrantes, decorrentes de tratados dos quais o Brasil seja parte;
- II - repúdio à xenofobia, ao racismo e quaisquer formas de discriminação;
- III - não criminalização da imigração;
- IV - não discriminação quanto aos critérios e procedimentos de admissão de imigrantes no território nacional;
- V - promoção de entrada regular e de regularização migratória;
- VI - acolhida humanitária;
- VII - incentivo à admissão de mão de obra especializada necessária ao desenvolvimento econômico, social, cultural, científico e tecnológico do Brasil, à captação de recursos e à geração de emprego e renda;
- VIII - facilitação de entrada temporária de estrangeiros a fim de estimular o comércio, o turismo, as relações internacionais e as atividades culturais, esportivas, científicas e tecnológicas;
- IX - garantia do direito a reunião familiar dos imigrantes;
- X - igualdade de tratamento e de oportunidade aos imigrantes, sem prejuízo de tratado mais benéfico que o disposto nessa lei;
- XI - integração dos imigrantes documentados ou regulares no trabalho e na sociedade brasileira mediante política pública específica;

- XII - acesso igualitário e livre aos serviços sociais, bens públicos, saúde, educação, justiça, trabalho, moradia, serviço bancário, emprego e previdência social;
- XIII - promoção e difusão dos direitos, liberdades, garantias e obrigações dos imigrantes;
- XIV - diálogo social na definição de políticas migratórias e promoção da participação dos imigrantes nas decisões públicas;
- XV - fortalecimento da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, mediante constituição de espaços de cidadania e livre circulação de pessoas;
- XVI - cooperação internacional com Estados de origem, trânsito e destino de movimentos migratórios a fim de garantir maior proteção de direitos humanos dos migrantes;
- XVII - promoção da justiça internacional penal e combate ao crime organizado transnacional. (BRASIL, 2013b)

Observamos que os princípios da lei em debate pelos legisladores apresentam os princípios históricos inscritos em compromissos internacionais de direitos humanos em relação à proteção de migrantes. Destaque-se o tratamento igualitário entre migrantes, independentemente de sua origem e a não criminalização da imigração. O projeto especifica, inovando no respeito aos Direitos Humanos, que “A efetivação da repatriação, deportação e expulsão poderá ser adiada enquanto a medida colocar em risco à vida do interessado.” (BRASIL, 2013b).

Na repatriação, o projeto 288/2013 apresenta avanço e obriga a “imediate comunicação às autoridades superiores competentes e à autoridade consular do país de nacionalidade do estrangeiro, ou quem lhe representa.” (BRASIL, 2013b). Prevê que, em caso de deportação, haverá contraditório e ampla defesa, bem como que a deportação “não exclui eventuais direitos trabalhistas do imigrante adquiridos em relações de trabalho no Brasil.” (BRASIL, 2013b), não avançando significativamente em relação aos direitos humanos dos estrangeiros, especificamente quanto à medida compulsória de expulsão.

Pende ainda no Congresso Nacional Brasileiro deliberação sobre a Mensagem 696/2010, para ratificação pelo Brasil da “Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, adotada em 18 de dezembro de 1990, em Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas.” (BRASIL, 2010)

Esta Convenção Internacional, ainda sem adesão por parte do Brasil, integra o sistema global de direitos humanos, adotada pela Resolução 45/158 da ONU, de 1990, e sua integração ao ordenamento jurídico brasileiro reforçará os direitos humanos dos trabalhadores migrantes, destacando-se aqueles indocumentados, que são explorados em face de sua condição irregular no país, e os direitos dos seus familiares, independentemente da regularidade da migração.

Em relação às retiradas compulsórias, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias veda a expulsão coletiva; determina comunicação na língua do trabalhador migrante sobre as medidas compulsórias, por escrito e em ato fundamentado; determina possibilidade de recurso de decisão expulsória (artigo 22) e determina que, em razão da medida compulsória, o trabalhador não seja prejudicado em seus direitos trabalhistas, garantindo ao trabalhador migrante seus direitos trabalhistas, de acesso a serviços públicos, de saúde e de segurança social iguais aos nacionais (BRASIL, 2010).

Outro Projeto de Lei no Congresso Nacional brasileiro é o de número 5.655/2009, que “Dispõe sobre o ingresso, permanência e saída de estrangeiros no território nacional, o instituto da naturalização, as medidas compulsórias, transforma o Conselho Nacional de Imigração em Conselho Nacional de Migração, define infrações e dá outras providências.” (BRASIL, 2009), que também implementa mudança no paradigma, quando determina que a aplicação da lei “deverá nortear-se pela política nacional de migração, garantia dos direitos humanos, interesses nacionais, sócio-econômicos e culturais, preservação das instituições democráticas e fortalecimento das relações internacionais” (BRASIL, 2009).

As inovações legislativas em discussão no Ministério da Justiça e no Congresso Nacional brasileiro indicam um fortalecimento dos direitos humanos na política migratória e de retiradas compulsórias de estrangeiros do Brasil, nada obstante pendente de discussão pelos representantes do povo e dos estados federados na Câmara dos Deputados e Senado Federal.

Inconsistências entre a Constituição Federal e a lei vigente sobre as retiradas compulsórias resultam em dissonâncias na aplicação do ordenamento jurídico ao estrangeiro migrante. Os servidores do Poder Executivo, na execução da norma jurídica *stricto sensu*, não podem fugir aos seus comandos. Alguns estrangeiros que buscam seus direitos através de ações judiciais, consubstanciadas em normas internacionais de direitos humanos, obtêm êxito em discrepância aos estrangeiros que não têm a mesma oportunidade de acesso ao Poder Judiciário. As inovações legislativas, consonantes com os compromissos internacionais de direitos humanos, podem trazer coesão ao sistema jurídico brasileiro.

Uma das omissões relevantes das leis ordinárias e da Constituição Federal no Brasil é a ausência de previsão de obrigatoriedade de comunicação de detenção de estrangeiros ao Consulado do país de nacionalidade do preso. A Convenção de Viena, que integra a ordem jurídica brasileira desde o Decreto 61.078/67 (BRASIL, 1967), determina a comunicação de detenção ao consulado em seu artigo 36:

ARTIGO 36º

Comunicação com os nacionais do Estado que envia

1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia:

(...)

b) se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar à repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia for preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira.

Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente subparágrafo;

c) os funcionários consulares terão direito de visitar o nacional do Estado que envia, o qual estiver detido, encarcerado ou preso preventivamente, conversar e corresponder-se com ele, e providenciar sua defesa perante os tribunais. Terão igualmente o direito de visitar qualquer nacional do Estado que envia encarcerado, preso ou detido em sua jurisdição em virtude de execução de uma sentença, todavia, os funcionários consulares deverão abster-se de intervir em favor de um nacional encarcerado, preso ou detido preventivamente, sempre que o interessado a isso se opuser expressamente.

(BRASIL, 1967)

Mas não há lei brasileira que discipline tal determinação, o que resulta em prejuízo aos direitos humanos do estrangeiro detido. Com isto, há dificuldade de os agentes públicos cumprirem determinações de compromissos internacionais de direitos humanos sem a respectiva previsão inscrita em lei nacional.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos reforça o direito do estrangeiro detido, conforme a Convenção de Viena:

[...] a Convenção de Viena sobre Relações Consulares reconhece, como uma função primordial do funcionário consular, prover assistência ao nacional do Estado que envia na defesa de seus direitos perante as autoridades do Estado receptor. Neste marco, a Corte considera que a norma que consagra a comunicação consular tem um duplo propósito: reconhecer o direito dos Estados de assistir os seus nacionais através das atuações do funcionário consular e, de forma paralela, reconhecer o direito correlativo do nacional do Estado que envia de ter acesso ao funcionário consular com o fim de buscar esta assistência. (BRASIL, 2014b)

Os agentes públicos brasileiros, de regra, não cumprem a Convenção de Viena em relação ao estrangeiro detido, não cientificando a repartição consular da detenção. Tal falha na *práxis* dos agentes públicos é ratificada na necessidade de interposição pelo Ministério Público Federal de Ação Civil Pública (BRASIL, 2014d), em face de descumprimento da norma internacional citada em São Paulo/SP, cidade mais populosa do Brasil. Com a manifestação do Poder Judiciário, na decisão final da Ação Civil Pública, restou determinado

pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região o cumprimento da Convenção de Viena, sob pena de multa diária, nos seguintes termos:

[...] nos casos de detenção de estrangeiros, seja o mesmo imediatamente notificado de seu direito de solicitar assistência consular, antes de qualquer oitiva perante a autoridade brasileira, com o devido registro da providência nos autos da prisão em flagrante, sob pena de multa diária por descumprimento [...] a omissão em causa, tratando-se de norma expressa em Convenção Internacional, não causa surpresa e, sim é recorrente. Bem por isso, a medida pleiteada representa, muito mais que uma aparente punição, mecanismo de verdadeiro apoio, na medida em que pretende obrigar o Estado a instruir melhor seus policiais, o que é sempre bem vindo, mesmo quando em jogo a liberdade de ir e vir do cidadão, inclusive do estrangeiro. (BRASIL, 2014d)

As normas internacionais de Direitos Humanos têm supremacia ante as leis ordinárias, mas sua aplicação é difícil em país de dimensões continentais e ordenamento jurídico complexo. A implementação de leis ordinárias que internalizem normas internacionais de direitos humanos, com previsão expressa de consequências jurídicas pelo descumprimento dessas normas, é salutar ao respeito aos direitos humanos no Brasil.

A aplicação dos tratados de direitos humanos não pode ser obliterada pela ausência de normas internas do ordenamento jurídico brasileiro. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é neste sentido:

Este Tribunal considera indispensable recordar lo señalado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual señala, al referirse al derecho interno y a la observancia de los tratados, que: “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Es decir, al ratificar o adherir a un tratado internacional, los Estados manifiestan su compromiso de buena fe de garantizar y respetar los derechos en el reconocidos. Además de esto, los Estados deben adecuar su derecho interno al derecho internacional aplicable. (CIDH, 2013)

Em conflito envolvendo o Chile em violações aos direitos de liberdade de pensamento e expressão e de consciência, por carência de regulação interna naquele país que salvaguardasse direitos humanos, a Corte Interamericana determinou a implementação de normas protetivas no ordenamento jurídico chileno em consonância com a Convenção Americana de Direitos Humanos:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que há ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las codificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial.²¹ La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar

los derechos en Ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de La Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a La normativa de protección de la Convención. (CIDH, 2002)

Mesmo diante de previsão de direitos em normas internacionais de direitos humanos, com *status* supralegal ou constitucional no Brasil, são necessárias as inovações legislativas internas, com sanção ao agente público pelo descumprimento, com objetivo de efetiva proteção dos direitos humanos.

3.3 REFLEXÕES SOBRE IMPEDIMENTO E REPATRIAÇÃO.

Em razão da vasta fronteira brasileira e dos vários pontos de entrada no país, seja via terrestre, marítima ou aeroportos internacionais, os estrangeiros que se submetem às autoridades migratórias podem ser tratados de forma desigual, com destaque às possibilidades de impedimento e repatriação que permitem ampla liberdade ao agente público escolher sobre a permissão para entrada no país.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos veda tal tratamento discriminatório:

[...] este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En La actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. (CIDH, 2003)

Para não cometer arbítrios e injustiças, o agente de imigração brasileiro deve ter sua decisão fundamentada não no senso comum, mas em análise do fato concreto, em análise hermenêutica com os direitos fundamentais da Constituição Federal, além de normas dos compromissos internacionais de direitos humanos assumidos pelo Brasil.

Nos primeiro e segundo dispositivo da Convenção Americana de Direitos Humanos, há vedação de discriminação decorrente da “posição econômica” e especificação de que nenhuma pessoa está afastada dos efeitos daquele compromisso internacional de direitos humanos:

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.
2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.
(BRASIL, 1992)

A Convenção Americana de Direitos Humanos tem como destinatário da proteção da norma “todo ser humano” (BRASIL, 1992), ressaltando-se que o estrangeiro impedido de entrar no Brasil é, portanto, um dos destinatários da norma que vincula a atuação dos agentes de imigração brasileiros. O preâmbulo da convenção ratifica essa conclusão e demonstra “que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado” (BRASIL, 1992).

A determinação contida no artigo 18, III, juntamente ao parágrafo 2º do mesmo artigo, do Decreto 86.715/81, quando demanda prova por parte do estrangeiro que possui meios para se manter no Brasil, é desafiador à norma inscrita no citado artigo primeiro da convenção, por discriminação de estrangeiros por causa de sua posição econômica, conforme determinação da norma brasileira:

- Art . 18 - Para obter o visto de turista, o estrangeiro deverá apresentar:
- I - passaporte ou documento equivalente;
 - II - certificado internacional de imunização, quando necessário; e
 - III - prova de meios de subsistência ou bilhete de viagem que o habilite a entrar no território nacional e dele sair.
- § 1º - Para os fins deste artigo, admitem-se, como prova de meios de subsistência, extrato de conta bancária, carta de crédito ou outros documentos que atestem a posse de recursos financeiros, a juízo da autoridade consular.
- § 2º - O estrangeiro, titular do visto de turista, deverá apresentar aos órgãos federais competentes os documentos previstos neste artigo, ao entrar no território nacional.
(BRASIL, 1981)

Os estrangeiros impedidos de entrar no Brasil devem buscar seus direitos inscritos na Convenção, violados por ato de agente público de imigração brasileiro. Há a possibilidade de acesso ao Judiciário Federal, consoante determinação dos artigos 18 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ao agente de imigração cabe decisão de impedimento e repatriação ou deportação que, eventualmente, pode culminar na morte do estrangeiro migrante ou de terceiros. O migrante pode estar em busca de meios de manutenção de sua vida ou de terceiros, tendo sua ação obstada pelo agente de imigração. Vedovato caracteriza a decisão administrativa e vedação de entrada do estrangeiro quando estão envolvidos riscos à vida, saúde ou incolumidade física como “escolhas trágicas”, conceituando como aquela decisão “que coloca o agente público diante de um ato administrativo discricionário com potencial envolvimento de conseqüências ligadas à vida e à morte dos destinatários do ato”. (VEDOVATO, 2013, p. 50).

Essencial, portanto, a exacerbação do caráter contramajoritário da proteção internacional dos direitos fundamentais, o que resultará na proteção de minorias, aqui entendidas como grupo não hegemônico, meso que tenham mais componentes que os que estão na posição de decidir sobre o caso. (VEDOVATO, 2013, p. 51)

Ao agente de imigração cabe análise da proteção à vida inscrita no artigo 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos, além da proteção à vida, inscrito no artigo 5º da Constituição brasileira. A Corte Interamericana de Direitos Humanos ratifica a proteção à vida, estando registrada ordem aos Estados acerca da

obligación de garantizar La creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de esse derecho inalienable y, en particular, El deber de impedir que sus agentes atenten contra él. (PIOVESAN, 2008, p. 1167)

A proteção à família também deve ser objeto de análise do agente de imigração na decisão sobre a permissão de entrada do estrangeiro no Brasil, pois

Modernamente tem se entendido que a recusa à admissão de membros da família de uma pessoa já residente no país, que acarretaria mantê-los separados, viola a Convenção Européia dos Direitos Humanos que protege o indivíduo no seu direito a uma vida particular e a sua vida em família. (DOLINGER, 2001, p. 182)

As decisões e orientações consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especificamente a Opinião Consultiva OC 18/93, trazem elementos para interpretação do texto da Convenção que interferem diretamente na atividade dos agentes de imigração, quanto à aplicação do impedimento e repatriação.

A literatura jurídica nacional entende que os direitos fundamentais dos estrangeiros não estão afastados quando sua situação documental no país não esteja regular (MENDES, 2007, p. 262, 685; SILVA, 2009, p. 191; SARLET, 2010, p. 212). Caso o Brasil afaste a proteção da dignidade daqueles estrangeiros que se encontrem irregularmente ou

indocumentados em seu território, estaria afastando o direito a até mesmo a ter quaisquer direitos no Brasil.

A Lei 6.815/80 determina que o estrangeiro com entrada ou estada irregular no Brasil seja retirado compulsoriamente do país, seja para o país de origem ou outro que consinta em recebê-lo, além de cominar multa da qual o pagamento é condição de permissão de regresso ao país. Em cumprimento aos ditames da lei, a Polícia de imigração, através dos seus servidores públicos, cumpre tais mandamentos.

A falta de um acordo mundial sobre o migrante, seja em relação ao trabalhador, seja quanto aos próprios turistas ou visitantes, sujeita aqueles que deixam seu país de origem e ingressa em outro país ao possível arbítrio de legislações e servidores públicos desses outros países.

No século XXI, ainda não há um direito cosmopolita do migrante, tendo o estrangeiro que se adaptar às legislações de cada Estado do globo para atingir seu território, pois “não existe nenhuma organização superior ao Estado neste aspecto específico que possa obrigá-lo a aceitar quem quer que seja em seu território” (REIS, 2004, p. 150). Ao estrangeiro, ser humano, dotado de dignidade como o nacional brasileiro, devem ser resguardados os direitos que perfazem sua condição de ser humano.

Sem um direito cosmopolita do migrante e sem uma organização superior ao Estado no mundo, “O indivíduo detém a titularidade dos seus direitos, mas a sua realização no plano internacional subordina-se à soberania de cada país, que é, de fato, o principal titular no direito público internacional.” (BRITO, 2013, p. 89)

Ratificamos Xavier, no sentido de fazer “coro à literatura que costuma afirmar que é tênue a separação entre a condição do migrante e a do refugiado” (XAVIER, 2012, p. 41). Como exposto no primeiro capítulo, o refúgio como impeditivo de aplicação imediata de retiradas compulsórias de estrangeiros do Brasil, podemos concluir que a aplicação de medidas compulsórias contra estrangeiros deve ser *ultima ratio*, devendo ser oferecidas alternativas ao estrangeiro para sua entrada e regularização no país, sem sua retirada imediata.

Apresentamos quadro sinótico das principais inconsistências relativas a fatos observados pelo pesquisador e expostas nestas reflexões em relação à *práxis* do impedimento e repatriação no Brasil:

CONDUTA	INCONSISTÊNCIA
Tratamento díspare de estrangeiros em uma	Isonomia no tratamento do estrangeiro –

mesma situação fática, a depender do aeroporto ou ponto fronteiriço.	artigo 1º e 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos.
Vedação de ingresso no país e consequente acesso ao judiciário, para combater decisão pelo impedimento e repatriação;	Artigos 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos e Opinião Consultiva 18/93 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que garantem amplo acesso ao Poder Judiciário.
Ausência de comunicação da medida compulsória a órgãos que atuam em defesa do estrangeiro, como Defensoria Pública da União e Consulado;	
Impedimento do estrangeiro que busca proteção à vida ou saúde própria e/ou de terceiros.	Proteção à vida e integridade pessoal inscritos nos artigos 4º e 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos em consonância com jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3.4 REFLEXÕES SOBRE DEPORTAÇÃO E EXPULSÃO

Quanto à deportação e à expulsão, a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê expressamente a sua possibilidade, conforme interpretação conjunta do artigo 22:

Artigo 22

1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais.
2. Toda pessoa tem o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio.
3. O exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.
4. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1º pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivos de interesse público.
5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional, nem ser privado do direito de nele entrar.
6. O estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado-Parte nesta Convenção só poderá dele ser expulso em cumprimento de decisão adotada de acordo com a lei.
7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais.

8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.

9. É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros.
(BRASIL, 1992)

Quanto à prisão para fins de deportação ou expulsão, não há na Convenção regulamentação específica. Mas a análise sobre o tema prisão, na Convenção Americana de Direitos Humanos, traz reflexos à prisão administrativa para fins de deportação.

Os artigos 7.4 e 7.5 da Convenção determinam que:

7.4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.

7.5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

(BRASIL, 1992)

Vislumbra-se dificuldade, especificamente na prisão administrativa para fins de deportação ou expulsão de estrangeiros do Brasil, em notificar à pessoa estrangeira presa “da acusação ou acusações formuladas contra ela”. Sem tal notificação, restará maculada a determinação da Convenção Americana de Direitos Humanos e a prisão é nula, por desobediência à norma com caráter supralegal no Brasil.

A dificuldade reside em que não há acusação na prisão administrativa para deportação. A prisão é meio para efetivação da medida administrativa de deportação, que é espécie de retirada compulsória do país. Ratifica-se aqui a necessidade de fundamentação da representação para prisão e da decisão judicial que a determina, para a necessidade da prisão com lastro na preservação da paz pública e/ou dos interesses da coletividade especificados na decisão judicial.

A prisão para fins de deportação não tem como fim um julgamento. Por isso também resta difícil o cumprimento do mandamento inscrito no artigo 7.5 *in fine*. Não há de se falar também em processo, pois a prisão não tem como fim um julgamento pelo poder judiciário, mas a aplicação de medida administrativa pela Polícia Federal.

O artigo 22.2 da Convenção traz dispositivo que também deve ser confrontado com a prisão administrativa para fins de deportação no Brasil, pois determina que “Toda pessoa tem o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio.” (BRASIL, 1992). Repise-

se que o termo legal “toda pessoa” deve ser interpretado com base nos fundamentos expostos no preâmbulo da convenção, que exorta que

os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos (BRASIL, 1992).

A Convenção determina a não restrição ao direito de sair livremente de qualquer país, devendo-se analisar tal norma jurídica supralegal com a determinação de prisão administrativa para fim de deportação da Lei 6.815/80.

Há algumas outras restrições à deportação e expulsão no Brasil, inscritas na Convenção Americana de Direitos Humanos, com destaques à observância ao direito de asilo (artigo 22.7); observância de eventuais riscos à vida ou liberdade do estrangeiro por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas no país de destino (artigo 22.8) e à vedação de deportação coletiva (artigo 22.9).

A restrição ao direito de sair livremente do país é prevista em hipóteses taxativas na Convenção, em seu artigo 22.3: “para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.” (BRASIL, 1992).

Conclui-se que quaisquer representações de delegado de Polícia Federal e, conseqüentemente, decisões da Justiça Federal que determinem prisão para fim de deportação ou de expulsão devem ser fundamentadas em uma das hipóteses desta previsão convencional de direitos humanos assumida pelo Brasil: proteção da segurança nacional; segurança ou a ordem públicas; moral ou a saúde públicas e direitos e liberdades das demais pessoas.

No tocante à prisão de migrante indocumentado, há *leading case* na Corte Interamericana de Direitos Humanos, o caso *VÉLEZ LOOR VS. PANAMÁ* com julgamento em 23 de novembro de 2010 (BRASIL, 2014b). O estrangeiro Jesús Tranquilino Vélez Loor explica que,

de nacionalidade equatoriana, posteriormente processado por delitos relacionados à sua situação migratória, sem as devidas garantias e sem a possibilidade de ser ouvido e de exercer seu direito de defesa; a alegada falta de investigação das denúncias de tortura apresentadas pelo senhor Vélez Loor às autoridades panamenhas; bem como as supostas condições desumanas de detenção às quais teria estado submetido em diferentes centros penitenciários panamenhos do momento de sua privação de liberdade, em 11 de novembro de 2002, até sua deportação à República do Equador em 10 de setembro de 2003. (BRASIL, 2014b)

A jurisprudência da Corte Internacional restou firmada no sentido de que “são arbitrárias as decisões que os órgãos internos adotem, que possam afetar direitos humanos, tal como o direito à liberdade pessoal, que não se encontrem devidamente fundamentadas” (BRASIL, 2014b), concluindo que

o Tribunal considera que a ordem de detenção emitida no presente caso era arbitrária, pois não continha os fundamentos que demonstrassem e motivassem sua necessidade, de acordo com os fatos do caso e as circunstâncias particulares do senhor Vélez Loor. Pelo contrário, parece que a ordem de detenção de pessoas migrantes em situação irregular ocorria de maneira automática depois da detenção inicial, sem consideração das circunstâncias individualizadas. Por esse motivo, o Tribunal considera que o Estado violou o artigo 7.3 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do senhor Vélez Loor, ao tê-lo privado de liberdade pelo prazo de 25 dias, com base numa ordem arbitrária. (BRASIL, 2014b)

Observamos que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos reforçou a não criminalização das migrações e o uso da prisão apenas como última instância, quando extremamente necessário, e consideradas as condições individuais do migrante.

No caso NADEGE DORZEMA E OUTROS VS. REPÚBLICA DOMINICANA, com sentença de 24 de outubro de 2012, a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou ato de autoridades da República Dominicana sobre “o uso excessivo de força de militares contra um grupo de haitianos, no qual perderam a vida sete pessoas e resultaram feridas várias outras” (BRASIL, 2014b).

Restou julgado, em relação à violação do direito à vida dos migrantes haitianos, que:

A respeito dos meios empregados, a Corte reitera que os Estados têm o dever de planejar adequadamente a atividade de seus agentes para minimizar o uso da força e as fatalidades que possam ocorrer (par. 81 infra). A esse respeito, a Corte observa que, no presente caso, poderiam ter sido empregados meios menos lesivos para obter o controle de trânsito que se pretendia e evitar uma perseguição violenta; por exemplo, por meio da instalação de controles de trânsito, barricadas, redutores de velocidade, dilacerador de pneus e/ou câmaras que permitissem o registro e a identificação pacífica dos envolvidos e o melhor controle do fluxo veicular na zona. Principalmente, poderiam ter sido adotadas medidas apropriadas à realidade cotidiana do trânsito de pessoas migrantes naquela zona. Além disso, do acervo probatório decorre que o mesmo caminhão amarelo que transportava as supostas vítimas havia sido detido em 28 de março de 2000, meses antes dos fatos, por ter sido surpreendido por [agentes], transportando 50 nacionais haitianos indocumentados, na região de Santa María, jurisdição de Montecristi. Em manifestação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, elaborada após audiências e manifestações dos vários países integrantes e organizações internacionais de direitos humanos, há a interpretação sobre a condição jurídica e direitos dos imigrantes indocumentados. (BRASIL, 2014b)

Nos fatos mencionados na jurisprudência citada, para aplicação de retirada compulsória do país, a Corte Interamericana de Direitos Humanos assentou que:

Por outro lado, quanto à arbitrariedade da detenção a que se refere o artigo 7.3 da Convenção, a Corte considerou que “ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento por causas e métodos que –ainda quando qualificados de legais– possam ser considerados como incompatíveis com o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, por serem, entre outras coisas, irrazoáveis, imprevisíveis, ou desproporcionais.” Portanto, qualquer detenção deve levar-se a cabo não apenas de acordo com as disposições de direito interno, mas, além disso, é necessário que “a lei interna, o procedimento aplicável e os princípios gerais expressos ou tácitos correspondentes sejam, em si mesmos, compatíveis com a Convenção”. Assim, “não se deve equiparar o conceito de ‘arbitrariedade’ com o de ‘contrário à lei’, mas se deve interpretá-lo de maneira mais ampla a fim de incluir elementos de inexatidão, injustiça e imprevisibilidade. (BRASIL, 2014b)

Na elaboração da Opinião Consultiva 18/2003-CIDH, ficou decidido que o princípio da igualdade alberga o tratamento dos Estados para com os imigrantes irregulares no território do país, vedando quaisquer formas de discriminação que violem as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tratando sobre a “Aplicación del Principio de Igualdad y No Discriminación a Los Migrantes” (CIDH, 2003), independentemente da irregularidade da entrada ou estada do estrangeiro no país, detalha, sobre o pleno exercício dos direitos humanos dos imigrantes indocumentados, que:

Esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene un carácter erga omnes. Dicha obligación se impone a los Estados, em beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas. La mencionada obligación alcanza la totalidad de los derechos contemplados por La Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, inclusive el derecho a las garantías judiciales. (...) los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa. (CIDH, 2003)

Na prática administrativa e judicial da retirada compulsória de estrangeiros dos países, inclusive quanto à deportação e expulsão, a Opinião Consultiva 18, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, apresenta recomendações aos Estados signatários:

Se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que

el acceso a la justicia sea no solo formal sino real. Los derechos derivados de la relación laboral subsisten, pese a las medidas que se adopten. (CIDH, 2003)

Cabe aos Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos a não aplicação das medidas de retiradas compulsórias quando o estrangeiro indocumentado procure órgãos públicos administrativos ou judiciais. É dever ainda dos Estados o fornecimento de meios efetivos para que o estrangeiro tenha acesso à justiça e aos órgãos que atuam na defesa de seus direitos quando em processo de deportação ou expulsão. A Opinião Consultiva ratifica que tal garantia deve ser real, não apenas formal, obrigando a Polícia Federal a efetivamente comunicar, a um Advogado ou à Defensoria Pública da União, bem como aos órgãos consulares, situações fáticas que envolvam retiradas compulsórias de estrangeiros do Brasil e, mormente, em caso de prisão administrativa para fins de aplicação das medidas de retiradas compulsórias. A lei não prevê ainda a comunicação da deportação ou expulsão a quaisquer órgãos públicos que atuam na defesa de estrangeiros.

Cabe especial atenção à situação de vulnerabilidade dos estrangeiros indocumentados que trabalham de forma precária no país, para que tenham oportunidade de buscar seus direitos trabalhistas, nos termos da Orientação Consultiva 18/03.

Cabe análise ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que estipula a regra da deportação e expulsão no artigo 13:

Um estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado Parte do presente Pacto só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei e, a menos que razões imperativas de segurança nacional a isso se oponham, terá a possibilidade de expor as razões que militem contra sua expulsão e de ter seu caso reexaminado pelas autoridades competentes, ou por uma ou varias pessoas especialmente designadas pelas referidas autoridades, e de fazer-se representar com esse objetivo.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos veda, no artigo 2º, tratamento discriminatório “por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação” (BRASIL, 1992). Portanto, as hipóteses de retiradas compulsórias de estrangeiros dos países subscritores devem ser objetivas e a aplicação uníssona para com qualquer estrangeiro.

Submeter estrangeiro à medida de retirada compulsória para país no qual ele venha a sofrer quaisquer das discriminações citadas ou outra forma de violação de sua dignidade ou risco à vida, é forma tergiversa de violar o dispositivo da Convenção. Nesse sentido, a Defensoria Pública da União obteve êxito em ação judicial, impetrada no ano de 2014, que

objetivava vedar a expulsão de estrangeiro para a Nigéria, em período no qual o país estava em epidemia do vírus ebola e o expulsando corria risco de vida.⁹

Em vários compromissos internacionais de Direitos Humanos já ratificados pelo Brasil há dispositivos que podem ser aplicados em situações particulares de retiradas compulsórias, como os que protegem a família, as crianças e as mulheres. Na Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 40 de 1991, há proteção ao estrangeiro, submetido a retiradas compulsórias, determinando no artigo 3º que “Nenhum Estado-parte procederá à expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa para outro Estado, quando houver razões substanciais para crer que a mesma corre perigo de ali ser submetida à tortura”. (BRASIL, 1991)

Outra convenção que apresenta dispositivos específicos a serem obedecidos em caso de retiradas compulsórias de estrangeiros, especificamente na deportação e expulsão, é a Convenção sobre os direitos da criança (BRASIL, 1990), que, em seu artigo 9º, veda a separação da criança de seus pais e, quando essa medida for necessária, a obrigação de comunicação a outros familiares, à criança e/ou aos pais. A mesma convenção, no artigo 20, apresenta a obrigação de proteção e a assistência do Estado em face da privação da criança de seu ambiente familiar.

Observa-se que, em cada caso concreto, deve haver análise pelo agente de imigração (no impedimento, repatriação ou deportação) e pelo delegado de polícia no inquérito de expulsão, bem como pelo Ministro da Justiça na decisão pela expulsão, para que as decisões pela efetivação de medidas compulsórias não violem dispositivos de compromissos internacionais que vinculam o Brasil na comunidade internacional.

Apresentamos quadro sinótico das principais inconsistências observadas pelo pesquisador e expostas nestas reflexões em relação à *práxis* da deportação e expulsão no Brasil:

⁹ <http://www.conjur.com.br/2014-out-18/trf-barra-expulsao-imigrante-vindo-pais-afetado-ebola>. Consulta em: 11/01/2015.

CONDUTA

INCONSISTÊNCIA

Prisão indiscriminada de estrangeiros para efetivação da medida compulsória;	Artigos 7.4 e 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, pois não há “acusação” contra o estrangeiro;
	Vedação da saída voluntária do estrangeiro prevista no artigo 22.2 da Convenção;
	Ausência de comunicação da prisão ao órgão consular, previsto no artigo 36 da Convenção de Viena;
	Ausência de fundamentação da determinação de prisão no artigo 22.3 da Convenção;
	Observância de restrições à deportação e expulsão, na proteção à vida e dignidade do estrangeiro submetido à medida;
	Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com destaque à Opinião Consultiva nº 18/93.
Execução de medidas quando estrangeiros buscam interesses em órgãos públicos	Artigos 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos e Opinião Consultiva 18/93 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que garantem amplo acesso ao Poder Judiciário.
Ausência de comunicação da medida compulsória a órgãos que atuam em defesa do estrangeiro, como Defensoria Pública da União e Consulado.	
Desconsideração da possível exploração laboral do imigrante indocumentado.	Orientação Consultiva 18/93 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que protege os direitos trabalhistas do imigrante indocumentado, explorado em razão de sua condição de hipossuficiência.

4. CONCLUSÃO

Percebemos que o tratamento da legislação vigente e, conseqüentemente, das autoridades brasileiras no tratamento do estrangeiro que deseja ingressar no Brasil ou com entrada ou estada irregular no país, ou que exerça atividade vedada, ou seja indesejável ao país, não está consistente com a Constituição Federal, lei maior do país, e com compromissos internacionais de direitos humanos assumidos pelo Brasil, que integram a ordem jurídica nacional com status supralegal ou constitucional.

Citaram-se casuísticas de retiradas compulsórias e de compromissos internacionais de direitos humanos que demonstram que há de se sopesar os princípios da soberania e dos direitos humanos, que são essenciais nas relações internacionais e na relação entre o Estado e os seus súditos, sejam nacionais ou estrangeiros no território do país, de forma que, para a proteção dos direitos humanos, faça-se necessário diminuição do poder soberano estatal.

Expostos o conceito e as características das retiradas compulsórias de estrangeiros do Brasil de competência do Poder Executivo – impedimento, repatriação, deportação e expulsão, suas aplicações na *práxis* dos agentes de imigração brasileiros e do Ministro da Justiça, observamos merecer reflexão conjunta da atuação administrativa em conjunto com análise acerca da supremacia das normas internacionais de Direitos Humanos sobre as medidas compulsórias.

As normas internacionais de Direitos Humanos vigentes no Brasil são determinantes para a aplicação da lei, decreto e regulamentos que especificam a *práxis* jurisdicional das retiradas compulsórias de estrangeiros do Brasil.

A aplicação das normas em um Estado Democrático de Direito como o Brasil, que tem a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, deve ter sempre como fito o resguardo dos direitos do homem, seja ele brasileiro ou estrangeiro.

O tratamento do Estado brasileiro ao estrangeiro que deseja ingressar no Brasil pode ser similar às relações dos homens com seus bens. Se os bens não servem aos homens, são descartados. O mesmo faz o Estado brasileiro com alguns dos estrangeiros que não se amoldam aos requisitos inscritos em lei, decreto e regulamentos. Se os estrangeiros não possuem documentação legal, ou por outro motivo estão irregulares ou são indesejáveis ao Brasil, são retirados do território, devolvidos a outro país, através de medidas legais inscritas no ordenamento jurídico nacional, com restrição de direitos humanos para efetivação das

medidas compulsórias, em detrimento à igualdade que permeia o trato do Estado com seus súditos, nacionais ou estrangeiros.

Na prática administrativa das autoridades de imigração referentes ao impedimento, repatriação, deportação ou expulsão, há o afastamento do estrangeiro de alguns direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e direitos humanos decorrentes de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, pois não é dada ao estrangeiro, como detalhado na pesquisa, possibilidade de proteção a sua vida e dignidade em risco no país de destino; família; condição peculiar individual protegida em normas internacionais; apresentação recursos; comunicações com o consulado; órgãos públicos nacionais que possam atuar em sua defesa ou quaisquer terceiros; petição a quaisquer órgãos ou contatos com familiares ou órgãos públicos que possam atuar em sua defesa.

A previsão legal de retiradas compulsórias de estrangeiros contém em seus requisitos de aplicação termos vagos e subjetivos como “conveniência” ou “nocividade” da permanência do estrangeiro no Brasil, dando azo a possíveis arbitrariedades e tratamento não isonômico por parte de agentes públicos nos vários pontos de fronteira do Brasil.

Foram elucidadas legislações que estão sob estudo no Congresso Nacional brasileiro, com o fito de recrudescer a defesa dos Direitos Humanos, em detrimento da soberania. O paradigma da segurança nacional que marca a legislação aplicável sobre retiradas compulsórias vem sendo combatido em projetos de lei em discussão no Poder Legislativo brasileiro, para transformação em um paradigma de direitos humanos.

Mais que alterar legislação, os servidores públicos do Brasil precisam ser preparados para atuação em uma realidade de tratamento do estrangeiro com o paradigma de direitos humanos já vigentes, com as normas ínsitas nos compromissos internacionais de direitos humanos, que integram de forma plena o ordenamento jurídico brasileiro, ultrapassando o paradigma de segurança nacional inscrito na legislação de 1980.

Os compromissos internacionais de direitos humanos com *status* supralegal ou constitucional no direito nacional, a literatura jurídica e as leis vindouras discutidas por legisladores e especialistas para substituírem o atual estatuto do estrangeiro apontam para um tratamento mais humanitário de estrangeiros e isonômico entre brasileiros e estrangeiros, com exceções apenas naquilo que a Constituição expressamente previu, como direitos políticos e assunção de alguns cargos elencados pela Constituição Federal.

Há discussões, inclusive com inovações no plano legislativo, para que sejam mitigadas ou até mesmo eliminadas todas as distinções entre brasileiros e estrangeiros, inclusive quanto aos direitos políticos. Sobre a concessão de direitos políticos aos estrangeiros, por exemplo,

tramita no Congresso Nacional brasileiro o Projeto de Emenda Constitucional nº 25/2012, “para estender aos estrangeiros direitos inerentes aos brasileiros e conferir aos estrangeiros com residência permanente no País capacidade eleitoral ativa e passiva nas eleições municipais.” (BRASIL, 2012b)

É necessária a efetiva implementação da mudança de paradigma no trato normativo do estrangeiro no Brasil, de um viés de segurança nacional da lei e decreto da década de 1980 para um viés de direitos humanos inscritos na Constituição Federal de 1988 e compromissos de direitos humanos assumidos pelo Brasil.

A Convenção das Nações Unidas para a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, de 1990, é também outra avançada inovação legislativa que tramita no Congresso Nacional e, como norma de direito internacional de direitos humanos, quando aprovada integrará o ordenamento jurídico brasileiro com *status* supralegal ou constitucional, a depender do procedimento de aprovação, avançando no trato da questão do migrante, especificamente no tocante ao trabalhador migrante e membros de sua família.

A alteração constitucional no sentido da implementação dos direitos políticos dos migrantes regulares no país é também desejável, para um maior sentimento de pertencimento e tratamento igualitário, em obediência aos compromissos internacionais de direitos humanos, destacando-se que o Brasil é o único país da América do Sul a não reconhecer o direito ao voto dos estrangeiros em nenhum nível de representação política na federação (BRASIL, 2011).

A facilitação para regularização de estrangeiros indocumentados é também medida que reforçará a inclusão dos estrangeiros na comunidade nacional. As migrações e a presença de estrangeiros no país não devem ser vistas como um problema, mas como um fato social a ser reconhecido e regulado pelo Estado.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLYI, Hidelbrando et al. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Da 5ª edição alemã por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros. 2012.

ALGAYER, Kelin Kássia; NOSCHAG, Patrícia Grazziotin. **O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: considerações e condenações**. Espaço Jurídico: Journal of Law, 2179-7943, v.13, n. 2, pg. 211, 2012.

ALMEIDA, Linoberg Barbosa de. BARBOSA, Édio Batista. Ponte da Exclusão: Brasil, Guiana e a perversa lógica da globalização, **In: Textos e Debates** Nº 14, Boa Vista: UFRR 2008.

ANDREATA, Rafael Potsch. **As consequências da revogação da prisão administrativa**. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-17/revogacao-prisao-administrativa-consequencias-aos-estrangeiros>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

ARANGO, J. **La explicación teórica de las migraciones: luz y sombra**. In: Migración y Desarrollo, 2003. Disponível em: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/gemi/descargas/articulos/42ARANGO_La_Explicacion_Teorica_Migraciones_Luces_Sombras.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2014.

BARRETO, Taciana Meira. **Palestra: Tratados Interacionais de Direitos Humanos e o Controle Jurisdicional de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Cognitio Juris itJris Revista Jurídica Ano IV - Número 10, 448p, 2014.

BERGOGLIO, Jorge Mario; SKORKA, Abraham; FIGUEROA, Marcelo. **A dignidade**. Trad. Sandra Martha Dolinsky. São Paulo. Saraiva. 2013.

BITTENCOURT FRANCISCO, Julio; LAMARÃO, Sérgio. **Política imigratória e expulsão de estrangeiros: Sírios e Libaneses no Brasil no início do século XX História 2.0: Conocimiento Histórico en Clave Digital**, v. 3, n. 6, p.132-146, 2013.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. Trad. João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 13ª ed. (2 volumes) 5ª reimpressão, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros. 2008.

_____. **Ciência Política**. 10ª Ed. Malheiros. 1997a.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. Malheiros. 1997b.

BRANCANTE, Pedro Henrique; REIS, Rossana Rocha. **A 'securitização da imigração': mapa do debate**. Revista Lua Nova, n. 77, São Paulo, 2009.

BRASIL. **Anteprojeto de lei de migrações e promoção dos direitos dos migrantes no Brasil**. Ministério da Justiça. Disponível em: <http://oestrangeirodotorg.files.wordpress.com/2014/08/anteprojeto_v-final-1-libre.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2014a.

_____. **Brasil bate recorde na concessão de refúgio a estrangeiros**. Ministério da Justiça. 12 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/brasil-bate-recorde-na-concessao-de-refugio-a-estrangeiros>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

_____. **Código Civil (2002)**. Lei 10.406/2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 fev. 2015.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da república federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm>. Acesso em: 13 nov. 2012.

_____. **Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 25 mai. 2014.

_____. **Decreto n.º 840, de 22 de junho de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0840.htm>. Acesso em: 08 dez. 2014.

_____. **Decreto 1.570, de 13 de abril de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D1570.htm>. Acesso em: 29 nov. 2014.

_____. **Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 11 fev. 2015.

_____. **Decreto n.º 86.715, de 10 de dezembro de 1981**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D86715.htm>. Acesso em: 13 nov. 2012.

_____. **Decreto n.º 61.078/67, de 26 de julho de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D61078.htm>. Acesso em: 13 nov. 2014.

_____. **Informe sobre a Legislação Migratória e a Realidade dos Imigrantes**. São Paulo, 2011.

_____. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014b. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/7-migracao-refugio-e-apatridas>>. Acesso em: 14 dez. 2014b.

_____. **Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980.** (Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em: 13 nov. 2012.

_____. **Lei nº 9.474/1997.** Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm>. Acesso em: 29 nov. 2014.

_____. **Manual de Extradicação.** Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Estrangeiros, 2012a.

_____. **Mensagem de Acordos, convênios, tratados e atos internacionais 696/2010.** Submete à consideração do Congresso Nacional texto da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, adotada em 18 de dezembro de 1990, em Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Câmara Federal. 2010. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=489652>. Acesso em: 13 dez. 2014.

_____. **Portaria nº 933, de 9 de junho de 2014c.** CARDOSO, Jose Eduardo. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/servlet/INPDFViewer?jornal=1&pagina=34&data=10/06/2014&captchafield=firistAccess>>. Acesso em:

_____. **Projeto de Emenda Constitucional 25/2012, de 15 de maio de 2012b.** Altera os arts. 5º, 12 e 14 da Constituição Federal para estender aos estrangeiros direitos inerentes aos brasileiros e conferir aos estrangeiros com residência permanente no País capacidade eleitoral ativa e passiva nas eleições municipais. Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=105568>. Acesso em: 13 dez. 2014.

_____. **Projeto de lei 5.655/2009a.** Dispõe sobre o ingresso, permanência e saída de estrangeiros no território nacional, o instituto da naturalização, as medidas compulsórias, transforma o Conselho Nacional de Imigração em Conselho Nacional de Migração, define infrações e dá outras providências. Câmara Federal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=443102>>. Acesso em: 07 nov. 2014.

_____. OIM – Organização Internacional para as Migrações. **Relatório Geral dos Eventos de I Nível do Projeto Organização Internacional para as Migrações.** Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça, 2013a.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei 288/2013, de 11 de julho de 2013b.** Institui a Lei de Migração e regula entrada e estada de estrangeiros no Brasil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=113700>. Acesso em: 13 dez. 2014.

_____. Tribunal Regional da 1ª Região. **Acórdão no Conflito de Competência 200801000545509.** Relator: RIBEIRO, Daniel Paes. Publicado no DJ de 20/04/2009 p. 23.

Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 24 maio 2014.

_____. Tribunal Regional da 3ª Região. **Acórdão no Habeas Corpus 2010.03.00000761-7/SP**, publicado no Diário da Justiça Federal da 3ª Região em 04/03/2010. Relatora: TARTUCE, Ramza. Disponível em: <<http://www.radaroficial.com.br/d/3585733>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

_____. Tribunal Regional da 3ª Região. **Acórdão na Apelação Cível nº 0006394-33.2007.4.03.6119/SP**. Relator: JEUKEN, Roberto. Publicado no Diário da Justiça em 06/03/2014d. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/3410543>>. Acesso em: 14 dez. 2014.

_____. Tribunal Regional da 3ª Região. **Acórdão no Habeas Corpus 0007889-92.2014.4.03.0000/SP**. Relator: GUIMARAES, Cotrim. Publicado em 22/05/2014e. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/3610404>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

_____. Tribunal Regional da 5ª Região. **Acórdão no Habeas Corpus 200580000041662**. Relatora: CANTARELLI, Margarida. Publicado no DJ de 30/08/2005 p. 498. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 25 maio 2014.

_____. Tribunal Regional da 5ª Região. **Acórdão no Habeas Corpus 200305000354767**. Relator: CAVALCANTI, Francisco. Publicado no DJ de 05/04/2004 p. 447. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 25 maio 2014.

_____. Tribunal Regional da 1ª Região. **Acórdão no Habeas Corpus 199801000260494**. Relator: RIBEIRO, Cândido. Publicado no DJ de 01/07/1998 p. 376. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 25 maio 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Habeas Corpus 95.967-9**. Relatora: GRACIE, Ellen. Publicado no DJ de 27/11/2008 Ementário 2343-2. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=565687>>. Acesso em: 25 maio 2014

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Habeas Corpus 94.016**. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ de 27/02/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3562036>>. Acesso em: 08 dez. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Habeas Corpus 55.833**. Relator: PEIXOTO, Cunha. Publicado no DJ de 13/12/1977 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=65505>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas na Jurisprudência**. 2014f. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

BRITO, Fausto. A politização das migrações internacionais: Direitos humanos e soberania nacional. **Revista Brasileira de Estudos de População**, January, v. 30, n. 1, p.77-97, 2013.

CAHALI, Yussef Said. **Estatuto do Estrangeiro**. 2ª Edição. São Paulo. Editora RT, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte. Del Rey, 2006.

_____. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997):** as primeiras cinco décadas. Editora da UNB. Brasília, 2000.

CASELLA, Paulo Borta et al. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 1996.

CERVO, Amado Luiz. **Inserção internacional:** formação dos conceitos brasileiros. São Paulo. Saraiva, 2008.

CIDH - **CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. OPINIÓN CONSULTIVA OC-18/03 DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2003, SOLICITADA POR LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf> Acesso em: 28 maio 2014.

_____; **CASO “LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO” (OLMEDO BUSTOS Y OTROS VS. CHILE)**. SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 2001. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/relatoria/showDocument.asp?DocumentID=10>>. Acesso em: 14 dez. 2014.

_____. **OPINIÓN CONSULTIVA OC-04/84 DEL 19 DE ENERO DE 1984, PROPUESTA DE MODIFICACIÓN A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COSTA RICA RELACIONADA CON LA NATURALIZACIÓN**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2014.

COGO, D. M; SOUZA, M. B. **Guia das Migrações Transnacionais e diversidade cultural para comunicadores**. Bellaterra, Instituto Humanitas Unisinos. Disponível em: <http://www.academia.edu/3255909/COGO_Denise_BADET_Maria._Guia_das_Migra%C3%A7%C3%B5es_Transnacionais_e_Diversidade_Cultural_para_Comunicadores_-_Migrantes_no_Brasil._Bellaterra_InCom-UAB_IHU_2013>. Acesso em 21 fev 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo. Saraiva. 2013.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional privado:** (parte geral). 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GOMES, Luís Flavio. **O QUE ESTOU LENDO?** Sócrates: a Filosofia e a arte de pensar, de duvidar, de aprender e de ensinar. 2009. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090727101657494&mode=print> Acesso em: 02 set 2014.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política.** Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe. Edições Loyola, São Paulo, 2002.

HAESBAERT, R. Desterritorialização e mobilidade. **In: O mito da desterritorialização do “fim dos territórios” à multiterritorialidade.** Rio de Janeiro: Beltrand Brasil, p. 235-278, 2004.

HOBSBAWM, E. J. **Nações e Nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade.** Trad. Maria Célia Paoli, Anna Maria Quirino. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Trad. Leopoldo Holzbach. Martins Claret. 2002.

_____. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos.** Lisboa: Edições 70, s/d. Trad. Artur Mourão. 2008.

LEE, Everett S. **Uma teoria sobre a migração.** **In: BNB. Migração interna: textos selecionados.** Tradução de Hélio A. de Moura.. 1 t. Fortaleza: ETENE, 1980.

LESSA, Paula Constantino Chagas. **Direitos Humanos do Estrangeiro em Trânsito: uma perspectiva entre a soberania e os direitos humanos do estrangeiro em trânsito.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=19a87049ef104ba1>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição.** 4^a. ed. Belo Horizonte. Del Rey. 2002.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **A tese da Supralegalidade dos Tratados de Direitos Humanos.** 2009. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090403112247716&mode=print>. Acesso em: 25 maio 2014.

_____. **Coletânea de Direito Internacional,** Constituição Federal. 11^a ed. São Paulo: RT, 2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 26^a Ed. Malheiros. São Paulo. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira et. al. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo. Saraiva, 2007.

MOREIRA, Felipe Kern. **Seria a ‘cordialidade oficial brasileira’, a diplomacia do ‘homem cordial’?** **In: Revista Conjuntura Austral,** v. 4, n^o 18, UFRGS, 2013. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ConjunturaAustral/article/view/40866/25975>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

_____. **A construção teórica do conceito de legitimidade no direito internacional: a inaplicabilidade da Norma Fundamental da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.** 2009. 602 f., il. Tese (Doutorado em Relações Internacionais)-Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

ONU – Organização das Nações Unidas. Alto Comissariado das Nações Unidas - ACNUR. **Refúgio no Brasil.** Uma análise estatística (2010-2013). ACNUR Brasil, 2014.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2014.

_____. **Declaração Final e Plano de Ação.** Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos. Viena. 1993.

_____. **Draft articles on the expulsion of aliens,** 2014b. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_12_2014.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2014.

PRETURLAN, Renata Barreto. **Mobilidade e classes sociais:** o fluxo migratório boliviano para São Paulo. 200 f., São Paulo, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 12ª Ed. Ed. Saraiva. 2011.

_____. **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado.** São Paulo: DPJ Editora. 2008.

PLATÃO. Teeteto. **Trad.** Carlos Alberto Nunes. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/teeteto.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2014.

_____. **Protágoras.** Trad. Ana da Piedade Elias Pinheiro. Editora Relógio D'água. Portugal. 1999. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/109865836/Protogoras>>. Acesso em: 02 set. 2014.

POOLE, Hilary (org) et al. **Direitos Humanos:** referências essenciais. Trad. Fábio Larsson. São Paulo. EdUSP, Núcleo de Estudos da Violência. 2007.

PORTELA, Paulo. **Direito Internacional Público e Privado.** 2ª Ed. Podivm. Salvador. 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo. Saraiva, 2014.

_____. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** 2ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

RAVESTEIN, E.G. As leis da migração. **In:** BNB. Migração interna: textos selecionados. Tradução de Hélio A. de Moura. 1 t. Fortaleza: ETENE, 1980.

REDIN, Giuliana; GRAFFUNDER, Barbosa Juliana. **Da Segurança Internacional a Segurança Humana:** implicações do instituto jurídico do refugio e o caso da política externa bilateral Brasil-Haiti na questão imigratória. Meridiano 47, Issue 141, p.10(8). , Jan-Feb, 2014.

REIS, Rossana Rocha. **Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais.** Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 19. Nº 55, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n55/a09v1955.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

_____. **A política do Brasil para as migrações internacionais.** Contexto int. [online], v. 33, n. 1, pp. 47-69, 2011.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar.** 13. Ed. São Paulo. Saraiva. 2011.

ROHTER, Larry. Hábito de beber de Lula se torna preocupação nacional. **Revista Época**, edição 313, 2004. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Epoca/0,6993,EPT728395-1655,00.html>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

SABOIA, Gilberto Vergne. **O Brasil e o sistema internacional dos direitos humanos.** Textos do Brasil, Edição Especial, v. 2, n. 6, Brasília, Palácio Itamaraty, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2010.

_____. **Dimensões da Dignidade.** Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, João Carlos Jarochinski. **A europeização das políticas migratórias para extracomunitários.** 2014. 199 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=17714>. Acesso em: 08 jan. 2015.

_____, João Carlos Jarochinski. A imigração de indocumentados e a Responsabilidade de Proteger. **Revista interRelações**, ano 12 – Nº 35, Faculdade Santa Marcelina, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 32ª São Paulo. Malheiros. 2009.

VASCONCELLOS, Maria da Penha. Na velocidade do mundo: migrações e mudanças sociais. **Saúde e Sociedade**, v.22, n. 2, p. 279-282, 2013.

VEDOVATO, Luís Renato. **O Direito de Ingresso do Estrangeiro – A circulação das pessoas pelo mundo do cenário globalizado.** Livro Digital. São Paulo. Editora Atlas, 2013.

VENTURA, Deisy. **Política Migratória, uma dívida do Brasil.** 2012. Disponível em: <<http://www.univesp.ensinosuperior.sp.gov.br/preunivesp/4274/pol-tica-migrat-ria-uma-d-vida-do-brasil.html>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

WEYNE, Bruno Cunha. **O Princípio da Dignidade Humana: reflexões a partir da filosofia de Kant.** São Paulo. Saraiva, 2013.

XAVIER, Fernando César Costa. **Migrações Internacionais na Amazônia Brasileira:** impactos na política migratória e na política externa. 2012. 192 f. Tese (Doutorado em Relações Internacionais e Desenvolvimento Regional) - Programa de Pós-Graduação interinstitucional da Universidade de Brasília/FLACSO-Brasil/UFRR, Brasília, 2012.