



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD
Programa de Mestrado em Direito**

CAYO CÉSAR MORAIS DOS SANTOS

**DESAFIOS NORMATIVOS E REGULATÓRIOS PARA ACOLHIMENTO
RESPONSÁVEL DO IMIGRANTE NO BRASIL**

**Brasília - DF
2016**

CAYO CÉSAR MORAIS DOS SANTOS

**DESAFIOS NORMATIVOS E REGULATÓRIOS PARA ACOLHIMENTO
RESPONSÁVEL DO IMIGRANTE NO BRASIL**

Dissertação apresentada como requisito obrigatório para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.

Orientadora: Prof. Dra. Alice Rocha da Silva

**Brasília - DF
2016**

CAYO CÉSAR MORAIS DOS SANTOS

**DESAFIOS NORMATIVOS E REGULATÓRIOS PARA ACOLHIMENTO
RESPONSÁVEL DO IMIGRANTE NO BRASIL**

Dissertação apresentada como requisito obrigatório para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.

Orientadora: Prof. Dra. Alice Rocha da Silva

Brasília-DF, de de 2016.

Banca Examinadora

Prof. Dra. Alice Rocha da Silva (Orientadora)

Prof. Dra. Priscila Pereira de Andrade

Prof. Dr. Jefferson Craús Guedes

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas (avaliador externo)

Agradecimentos

À orientação serena, precisa e criteriosa da professora Alice Rocha,

Aos meus pais, que me iniciaram no caminho do conhecimento,

Aos meus filhos, pela compreensão em face da repetida ausência,

À minha querida esposa, pelo apoio incondicional em todas as coisas.

SANTOS, Cayo César Morais dos - **Desafios normativos e regulatórios para acolhimento responsável do imigrante no Brasil**

Resumo

O fenômeno migratório tem implicações globais. A importância das questões pertinentes ao fluxo de pessoas em todo o mundo requer um exame aprofundado dos aspectos da migração, seus desafios e o caminho de mudança de seu paradigma da segurança para o do acolhimento responsável. Inserido neste contexto global, o Brasil ainda luta para aprovar seu novo marco regulatório da questão migratória. A presente pesquisa científica propõe que ainda existe uma discrepância entre a legislação infraconstitucional brasileira e o conteúdo principiológico da Constituição da República, mais alinhado aos princípios internacionalmente aceitos de proteção dos direitos humanos. Verifica, não obstante, que a tramitação da nova lei de migração revela uma tendência de melhor adequação do conteúdo de sua legislação infraconstitucional a referidos princípios valorizadores da dignidade da pessoa humana. Busca, ainda, estudar o Direito Administrativo Global, na tentativa de apresentar esta metodologia jurídico-administrativa como elemento de potencial influência positiva na gestão do problema migratório internacional e na própria produção legislativa, em plena fase de discussão no Congresso Brasileiro. Examina, criticamente, por fim, o conteúdo da nova lei de migrações em tramitação no Congresso Nacional, e a contribuição do Ministério Público Federal neste processo de elaboração legal. As pendências regulatórias, a saber, a não ratificação da Convenção Internacional sobre a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias e o atraso na votação da nova lei dos imigrantes, configura obstáculo ao acolhimento responsável no país.

Palavras-Chave: Questão Migratória Internacional. Direitos Humanos. Acolhimento Responsável. Direito do Migrante Irregular. Direito Administrativo Global.

Abstract

The migratory phenomenon has global implications. The astonishing reality of the flow of people around the world requires a thorough examination of aspects of migration, its challenges and the way of change the paradigm of security into a paradigm of responsible host. Within this global context, Brazil is still struggling to approve its new regulatory framework of the migration issue. This scientific research suggests that there is still a discrepancy between the Brazilian infra-constitutional legislation and the content of its Constitution, more in line with internationally accepted principles of human rights protection. It notes, however, that the processing of the new migration law reveals a tendency to better match the content of its legislation with the principles of human dignity. Search also study the Global Administrative Law in an attempt to present this legal and administrative methodology as a potential positive influence element in the management of international migration problem and own legislative production in full phase of discussion in the Brazilian Congress. Examine critically, finally, the contents of the new law on migration in the National Congress, and the contribution of the Brazilian Government Agency for Law Enforcement and Prosecution of Crimes in this legal drafting process. Regulatory trends, namely the non-ratification of the International Convention on the Protection of All Migrant Workers and Members of Their Families and the delay in the vote of the new law of immigrants, set up an obstacle to responsible host in the country.

Keywords: International Migration. Human Rights. Uneven Migrante Rights. Responsible Host. Global Administrative Law.

Sumário

INTRODUÇÃO	10
-------------------------	----

CAPÍTULO 1

1. A QUESTÃO MIGRATÓRIA NO AMBIENTE GLOBALIZADO.....	16
--	----

1.1 Direitos Humanos como referencial para o tratamento do fenômeno migratório internacional.....	20
---	----

1.2 Desafios relacionados à ponderação entre a Segurança Internacional e os Direitos Humanos.....	28
---	----

<i>1.2.1 Emprego e previdência</i>	30
--	----

<i>1.2.2 Insegurança ambiental</i>	38
--	----

<i>1.2.3 Criminalidade</i>	42
----------------------------------	----

<i>1.2.3.1 - Tráfico de pessoas e outras condutas criminosas contra o migrante</i>	42
--	----

<i>1.2.3.2 – Terrorismo e migração</i>	54
--	----

CAPÍTULO 2

2. O DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL E A GOVERNANÇA DO PROBLEMA MIGRATÓRIO	60
--	----

2.1 Esboço conceitual de Globalização, Direito Administrativo Global e Governança	61
---	----

2.2 A ideia de Complexidade e a Internacionalização do Direito e suas possíveis conexões com o Direito Administrativo Global	74
2.3 A não criação da Autoridade Nacional Migratória como exemplo frustrado do que poderia ser uma aplicação prática de princípios do Direito Administrativo Global	87
2.4 Redes informais de autoridades e Formas organizativas de alcance mundial como exemplo das possíveis contribuições do Direito Administrativo Global para a questão migratória	90

CAPÍTULO 3

3. A CONSTRUÇÃO DO NOVO MARCO REGULATÓRIO MIGRATÓRIO BRASILEIRO E SEU POTENCIAL DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	93
3.1 O migrante e a primazia dos direitos humanos na Constituição Brasileira	94
3.2 A discrepância entre o texto constitucional e a legislação ordinária migratória no Brasil	97
3.3 A importância da ratificação da Convenção Internacional sobre a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias	101
3.4 Análise da nova Lei de Migrações proposta como novo marco regulatório da questão migratória no Brasil	106
3.5 A contribuição do Ministério Público Federal nas atuações da Procuradoria-Geral da República e da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão	112
3.5.1 A atuação do Procuradoria-Geral da República	113
3.5.2 A atuação da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão.....	116

CONCLUSÕES

Conclusões	121
------------------	-----

REFERÊNCIAS

Referências Bibliográficas	126
Outras Referências (Artigos, Periódicos, Revistas, Revistas Digitais)	129

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo a apresentação de uma reflexão crítica sobre o contexto normativo migratório nacional e a situação jurídica e social do imigrante, inclusive aquele que se encontre em situação irregular perante o Estado Brasileiro sob a perspectiva dos vetores dos direitos humanos e do Direito Administrativo Global. Propõe-se, a partir de paradigma teórico e exame da norma institucional, à verificação da influência do Direito Administrativo Global sobre a formação normativa, tanto a interna quanto a internacional, com exame específico do Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil e Projeto de Lei 2516/15 da Câmara dos Deputados que propõe a nova legislação migratória brasileira e da Convenção Internacional sobre a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias, sob a ótica da implementação possível do imperativo dos direitos humanos.

Defende-se, portanto, que a partir de uma análise convergente das características, já passíveis de verificação no âmbito internacional, do Direito Administrativo Global, e sua relação com a proteção legislativa interna sobre a temática migratória, seja possível delimitar uma real utilidade do uso dos parâmetros, práticas e conceitos desta moderna abordagem da questão administrativa internacional, para a formação de um paradigma viável nas relações entre os Estados e, destes, com os imigrantes recíprocos. Tudo isto considerando o referencial da existência de uma identidade supranacional inerente ao ser humano, que sugere a necessidade de uma atuação estatal positiva, tendente à outorga de um leque fundamental mínimo de direitos garantidores da dignidade humana.

Nesse diapasão, a presente investigação propõe um confronto analítico: de um lado, o arcabouço normativo internacional, que se apresenta em notória linha evolutiva desde o término da Segunda Guerra mundial, associado à doutrina especializada, que enfatiza a concretização dos direitos humanos dos atores dos fluxos migratórios motivados pelo fenômeno da globalização e a Constituição Federal brasileira, que a partir de 1988 alinha-se a tais valores. De outro, a legislação ordinária brasileira específica que se mostra dissonante e incompatível com este cenário evolutivo.

Cabe ressaltar, no entanto, que a pesquisa não pretende tratar exclusivamente do mapeamento do campo teórico das relações internacionais; mas, busca, também, um exame crítico específico do fato de o Brasil não ter ratificado a Convenção Internacional sobre a proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias¹, instrumento normativo de índole inovadora quanto à temática da proteção jurídica do imigrante em situação irregular e, ainda, da demora na produção de um novo marco regulatório da questão migratória do país que, ainda, se encontra sob a égide do Estatuto do Estrangeiro, legislação pacificamente considerada ultrapassada e discriminatória.

Nessa linha de argumentação, a partir da fundamentação teórica e do confronto analítico da mencionada Convenção com as normas internas de nosso ordenamento jurídico pretende-se demonstrar a sintonia entre o âmbito normativo internacional e a Constituição Federal Brasileira e, de outro lado, a dissonância da legislação ordinária específica do tema migratório, que ainda se revela distante dos ideais humanitários.

Evidencia-se, não obstante, no decorrer da pesquisa, que a problemática migratória não se restringe ao ambiente interno do país e tem, obviamente, origens e desdobramentos em universo mais amplo do cenário internacional. Por esta razão é que o estudo busca ambientar-se, inicialmente, numa perspectiva mais abrangente a partir de uma investigação da questão migratória no mundo globalizado, inclusive, com o exame das prementes questões geradoras de crises, relacionadas, em especial, à segurança internacional. Quanto a este tema, o trabalho pretende abordar aspectos relativos ao emprego; à seguridade e previdência; ao meio ambiente e à criminalidade internacional, onde se destacam o tráfico de entorpecentes, e tráfico de pessoas e o terrorismo.

Outro relevante ponto do trabalho busca analisar a influência que o Direito Administrativo Global tem sobre a governança da questão migratória. Para tanto, será necessária uma análise preliminar do conceito técnico proposto para a definição possível de Direito Administrativo Global e as características desta metodologia de investigação do direito administrativo supranacional. A partir de uma explanação teórica sobre a existência e pertinência desta modalidade globalizada de exame das questões administrativas, e sua relação com o

¹ Adotada em 18 de dezembro de 1990, com vigência a partir de 2003 – Trâmite na Câmara dos Deputados (Mensagem 696/2010) indica que está aguardando constituição de Comissão Temporária pela Mesa – conforme site oficial da Câmara dos Deputados, disponível em: [http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?numero=696&ano=2010&autor=&inteiroTeor=&emtramitacao=Todas&tipoproposicao=\[MSC++Mensagem\]&data=29/03/2016&page=false](http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?numero=696&ano=2010&autor=&inteiroTeor=&emtramitacao=Todas&tipoproposicao=[MSC++Mensagem]&data=29/03/2016&page=false) – acesso em 29.03.2016

arcabouço normativo pertinente à questão migratória, nos diversos âmbitos, interno, regional e global.

Oportuno delimitar o significado que se busca emprestar aos termos utilizados para fins de compreensão da amplitude com que são empregados no presente estudo. Por isso, buscaremos apresentar uma elaboração conceitual de três elementos argumentativos utilizados nesta seção do trabalho, a saber: a Globalização, o Direito Administrativo Global e a Governança.

O desafio, nesta etapa da pesquisa, é compreender que a concepção teórica do Direito Administrativo Global passa, necessariamente, pelo reconhecimento do fenômeno multidisciplinar da globalização. É a partir do desenvolvimento de referido fenômeno social internacional que se dá o ambiente adequado ao surgimento deste novo paradigma metodológico de exame do Direito Administrativo em âmbito global.

É certo que não é objetivo deste trabalho apresentar todas as discussões teóricas sobre a globalização. Tão somente nos referimos ao fenômeno para concluir pela sua efetiva existência, reconhecendo as transformações sociais, políticas, tecnológicas e econômicas que, ocorridas no panorama internacional, especialmente nas duas últimas décadas do século passado, lhe deram gênese.

O outro elemento conceitual necessário para este recorte da investigação é a explanação da ideia de *Governança*, cujo conceito também se buscará delimitar para os fins da presente pesquisa em momento oportuno.

Em continuação, o presente estudo buscará um exame da nova produção normativa de migração do âmbito interno brasileiro, para analisar se a novel proposta legislativa, o Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil², para adoção de um novo marco regulatório da situação migratória no Brasil, revela algum nível de incidência da linha de Direito Administrativo Global. A intenção é demonstrar possível influência de aspectos caracterizadores do Direito Administrativo Global sobre esta nova produção normativa, bem como, argumentar no sentido de que referida influência poderia ser ainda maior.

² Elaborado pela Comissão de Especialistas criada pela Portaria nº 2.162/2013 do Ministro da Justiça – Disponível em: https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2014/08/anteprojeto_v-final-1.pdf - acesso em 29.03.2016

Nessa medida, o presente argumento tem como ponto de partida uma tentativa de conceituação do Direito Administrativo Global, a partir do exame do fenômeno da globalização, para, em seguida, fazer uma análise do sistema normativo em elaboração no Brasil, para a regulação da situação migratória, sustentando a necessidade de que referida norma reguladora seja permeada pelos princípios universais, portanto globais, relativos aos direitos humanos, caminhando na direção de uma fundamentação que favoreça a perspectiva de que é desejável, e mesmo possível, uma atuação estatal voltada à normatização e reconhecimento de direitos mínimos ao estrangeiro, ainda que se encontre em situação de irregularidade no território acolhedor. Assim, a proposta que nesse projeto se desenha, coloca em perspectiva a necessidade premente de adoção de medidas normativas concretas voltadas à proteção dos direitos humanos do imigrante, ainda que em situação irregular no país, no intuito de contribuir para uma maior efetividade dos mecanismos de proteção de seus direitos básicos como ser humano, diante da precariedade de sua situação jurídica geradora de ampla vulnerabilidade social.

Daí, concluir-se pela plausibilidade jurídica e utilidade da ratificação da mencionada Convenção e a urgente tramitação e aprovação do novo marco legislativo, a partir da votação do PL 2516/15 da Câmara dos Deputados, como marco positivado para modificar os paradigmas da política nacional para imigração, os quais ainda se encontram voltados à ênfase da segurança nacional predominante no regime militar, harmonizando-os com os avanços normativos que têm sido reconhecidos pela comunidade internacional na proteção dos direitos humanos.

O trabalho é estruturado em três capítulos para o desdobramento de sua abordagem argumentativa.

No primeiro capítulo é apresentada uma visão mais ampla da questão migratória no ambiente globalizado. O que se busca neste momento é demonstrar pressupostos fáticos necessários à construção e desenvolvimento do argumento. Assim, é neste capítulo inicial que serão abordados os direitos humanos como referencial para o tratamento do fenômeno migratório. Também a questão da segurança internacional será objeto de exame nesta seção preliminar, sob três enfoques: a questão do emprego e da previdência; a insegurança ambiental e a criminalidade internacional que, para os fins da presente pesquisa, configura-se nos problemas do tráfico de entorpecentes, no tráfico de pessoas e na questão do terrorismo.

O capítulo dois é destinado à questão específica da influência do Direito Administrativo Global na governança do problema migratório e na conformação de seu regime normativo. Para isto, o capítulo se divide em três proposições:

A primeira apresenta um esboço conceitual dos três principais termos utilizados na argumentação, a saber: A Globalização, o Direito Administrativo Global e a Governança. Na segunda proposição do capítulo dois, busca-se examinar os fenômenos da Complexidade e Fragmentação da construção da internacionalização do Direito e as suas conexões com o Direito Administrativo Global. O terceiro aspecto abordado neste capítulo tem índole mais restrita, qual seja, uma investigação sobre a influência do Direito Administrativo Global sobre a nova legislação migratória proposta para o Brasil.

Por fim, o terceiro capítulo do trabalho é dedicado ao exame da construção do novo marco regulatório migratório brasileiro e do seu potencial para efetivação dos direitos humanos dos migrantes em nosso território. Também nesta seção, serão abordadas três temáticas: Uma análise da Convenção Internacional sobre a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias; o exame do Anteprojeto de Lei de Migrações e uma abordagem da contribuição da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal, para a construção desse novo ambiente legislativo das migrações.

O pensamento filosófico de Immanuel Kant dá o fundamento referencial teórico inicial para o capítulo primeiro do trabalho, ao esboçar sua concepção cosmopolita (*ius cosmopolitanum*) quando, sob os novos ares da Revolução Francesa e do iluminismo descortina sua fé na possibilidade de construção de um pacto universal de nações para a concretização de um permanente estado de paz, conforme se vê no desenvolvimento de seu livro *À Paz Perpétua*, lançado originariamente em 1795.

Esta concepção cosmopolita tem sido revisitada e renovada por diversos jusfilósofos modernos que sustentam a possibilidade da construção de uma nova ordem jurídica internacional com firmes alicerces na primazia da dignidade humana, dentre os quais se destacam Kelsen, Bobbio, Arendt, Habermas e Rawls e, ainda, Dworkin, Ferrajoli e Cançado Trindade que, em alguma medida, serão objeto de exame no capítulo primeiro, em especial, e também na continuidade da investigação. Ainda será objeto da análise, o pensamento de outros autores com vinculação mais específica às áreas de direitos humanos e migrações,

dentre os quais destacamos: Maritza Cisneros Farena, Flávia Piovesan, Eduardo R. Rabenhorst e João Batista Hekenhoff.

Já o capítulo dois busca sua principal fundamentação teórica no pensamento de Benedict Kingsbury e na obra de Maria de Jesus Rodrigues Araújo Heilmann, quando se propõe a apresentar o esboço conceitual do Direito Administrativo Global, Governança e Globalização e de Marcelo Dias Varella, ao trazer à discussão as ideias de Complexidade e Fragmentação, na internacionalização do direito.

Por derradeiro, é certo que o terceiro capítulo se propõe ao exame de textos normativos e apresenta uma abordagem que busca demonstrar a atuação empírica dos atores envolvidos na construção do novo marco regulatório migratório do Brasil, mas não prescinde, também, dos fundamentos teóricos e dos autores analisados nos capítulos anteriores, especialmente aqueles que examinam de maneira mais específica a questão dos direitos humanos no contexto dos fluxos migratórios.

Ainda no capítulo terceiro, buscar-se-á enfrentar as proposições relativas ao confronto entre a normatização internacional, donde destacamos a Convenção Internacional sobre a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias e a Constituição Federal de 1988 de um lado, em contraposição à legislação migratória ordinária atual, com destaque para o caráter superado do Estatuto do Estrangeiro. O mencionado confronto também se estenderá para uma análise das tendências inovadoras do novo marco regulatório da questão migratória, conforme proposta em andamento no Congresso Nacional e, por fim, a contribuição do Ministério Público Federal, em especial pela atuação da área internacional da Procuradoria-Geral da República e da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão.

CAPÍTULO 1

A QUESTÃO MIGRATÓRIA NO AMBIENTE GLOBALIZADO

Migração é fenômeno recorrente em todo o desenrolar da história. Fato social de múltiplas dimensões. Desde os mais remotos registros da atividade humana é possível verificar-se a presença de elementos do fenômeno migratório que, normalmente, encontra-se vinculado à busca de condições mais favoráveis de existência. É certo que no início da trajetória humana tal busca tinha direta relação com a tentativa de encontrar ambiente adequado à própria sobrevivência. O objetivo da mudança de local de habitação relacionava-se com a necessidade de alimentação e segurança diante das limitações e dificuldades da existência. A evolução da sociedade, a organização de Estados Nacionais, marcados pela ênfase na ideia de soberania, e o crescimento da complexidade das relações econômicas e comerciais, consubstanciam a evolução do fenômeno migratório nos dias atuais, marcado pela enorme expansão das relações internacionais, na chamada aldeia global que caracteriza nosso mundo pós-moderno.

Há um abrangente incremento no panorama de integração econômica em nível global cujas implicações imediatas se dão na estruturação de uma nova perspectiva da produção. Exemplo disto é a proliferação de corporações multinacionais ou transnacionais com a extrapolação do capital para além das fronteiras territoriais dos Estados envolvidos e, relevantemente, a conseqüente necessidade de mobilidade da força de trabalho. Demais disso, temos a enorme diversificação e intensidade de recursos tecnológicos, tanto de comunicação, quanto de meios de transporte, que diminuem as distancias entre as mais variadas nações do mundo. Catástrofes naturais, conflitos armados, insegurança e desrespeito aos direitos humanos mais básicos complementam as causas mais perceptíveis do fluxo de pessoas ou grupos.

O termo *migração* tem uma conotação bastante ampla, abarcando todas as possíveis razões para os fluxos de pessoas já descritos acima, tais como, a livre vontade, a busca de melhores condições de vida e de maior retorno para a força de trabalho, mas, também,

aspectos involuntários como a falta de segurança, os conflitos armados, a discriminação e as catástrofes naturais ou ambientais.

Nesse passo, a Organização Internacional para Migrações – OIM³ explica que o termo *migração* alcança todo e qualquer indivíduo ou grupo que se movimenta dentro de um território estatal ou para além de suas fronteiras, por qualquer razão, seja ela voluntária ou involuntária. Trata-se, portanto, de conceito de larga abrangência e inclui as figuras dos refugiados, das pessoas deslocadas, pessoas desarraigadas, migrantes econômicos ou pessoas que transitam sob quaisquer outros propósitos, inclusive o de mera reunificação familiar. Nessa linha de entendimento, por conseguinte, o termo é definido pela OIM como sendo: “o movimento de uma pessoa ou de um grupo que ultrapasse as fronteiras de um Estado, ou dentro de um mesmo Estado, sem que se considere as razões desse movimento populacional que pode ser motivado por causas diversas”.⁴

Por outra perspectiva, que interessa especialmente aos objetivos da presente pesquisa, a mesma entidade internacional, após explicar que a expressão não possui uma definição universalmente aceita, busca apresentar uma conceituação do termo *migrante* que deve ser delimitado, *a priori*, pela característica fundamental da voluntariedade. Assim, segundo aquela entidade, a definição de *migrante* se aplica a pessoas e respectivas famílias que buscam melhorar de vida em outros países ou regiões e esperam perspectivas mais favoráveis para futuras gerações. O conceito da OIM abrange, portanto: “Todos os casos em que a decisão de migrar é tomada por livre vontade pela pessoa em decorrência de razões de “conveniência pessoal”, sem intervenção de fatores externos que a obriguem”.⁵

Destarte, o recorte do presente trabalho e, especialmente, a intenção deste primeiro capítulo, é lançar olhos sobre uma abordagem mais estrita deste amplo fenômeno do fluxo de pessoas no território mundial. O foco, portanto, é a pessoa humana que transita entre países – consoante definições acima, o *migrante* – e dentre elas, em especial os indivíduos que, sendo nacionais de outros países, objetivam viver no Brasil. A explicação é necessária na medida em que, embora o trabalho transite necessariamente pelos dois conceitos apresentados, ou seja a realidade das migrações e a pessoa do migrante, seu recorte avaliativo se dará com maior profundidade no segundo elemento, uma vez que se busca, a partir de sua natureza pessoal,

³ Entidade intergovernamental internacional com foco na humanização dos fluxos migratórios que se coloca como referência no debate das implicações sociais, econômicas e políticas para o século 21, conforme sua apresentação, disponível em: <http://www.iom.int/iom-history> (acesso em 27-07-2015)

⁴ Disponível em: <http://www.iom.int/key-migration-terms> (acesso em 27-07-2015)

⁵ Disponível em: <http://www.iom.int/key-migration-terms> (acesso em 27-07-2015)

perquirir quais são os seus direitos mínimos, na perspectiva dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana e como tais prerrogativas jurídicas encontram-se contempladas, ou não, no ordenamento jurídico brasileiro.

Como se vê nas definições acima transcritas, seja a ideia de migração, seja a definição do indivíduo como migrante, interessam à presente investigação que se propõe ao exame do conteúdo da legislação brasileira e, também, das normas internacionais capazes de influenciar a postura do Estado brasileiro, quanto aos direitos do migrante em seu território. A propósito, inclusive, é oportuno salientar que a OIM aponta que o fluxo migratório mundial já se encontrava na casa dos 232 milhões de migrantes internacionais, no ano de 2013, de acordo com o relatório sobre o Dialogo de Alto-nível sobre Migração Internacional e Desenvolvimento, divulgado pela entidade em julho de 2014⁶.

A realidade brasileira também apresenta alto grau de movimentação de pessoas oriundas de outros países para o território nacional. Dados divulgados pela Polícia Federal apontam a presença de mais de 900 mil imigrantes em território brasileiro, sob o critério da concessão de vistos para as mais variadas finalidades⁷. O incremento do fluxo migratório para o Brasil também é perceptível nas estatísticas relativas ao número de pedidos de permissões de trabalho e de trabalhadores estrangeiros com carteira de trabalho assinada, que subiu cerca de cinquenta por cento durante o triênio 2011/2014⁸.

Ressalte-se, mais uma vez, por oportuno, que não é o objetivo do presente trabalho aprofundar o exame das diferenças conceituais que envolvem aspectos e características de cada modalidade de migração. Ainda assim, julgamos necessário abordar, mesmo que de forma resumida, a relevante questão dos Haitianos que buscam refúgio em terras brasileiras. O fato histórico presente é que o Brasil tem reconhecido a condição de refugiado a grande número de estrangeiros de origem haitiana. Percebendo a relevância deste fenômeno social e

⁶ International migration and development - Report of the Secretary General – UM – disponível em: http://www.iom.int/sites/default/files/UN_Documents/69th_Session/N1448855.pdf (acesso em 27-07-2015)

⁷ Núcleo de Estudo e Pesquisa sobre Deslocados Ambientais – Nepda – Universidade da Paraíba – Disponível em: <http://sites.uepb.edu.br/nepda/2013/05/30/numeros-exatos-e-atualizados-de-estrangeiros-no-brasil-2013/> e O Estrangeiro – O Brasil da migração – Disponível em: <http://oestrangeiro.org/2013/05/22/exclusivo-os-numeros-exatos-e-atualizados-de-estrangeiros-no-brasil-2/> (acesso em 27-07-2015)

⁸ Segundo dados de pesquisa sobre a Inserção de Imigrantes no Mercado de Trabalho Brasileiro, realizada pelo Observatório das Migrações Internacionais em parceria com o Ministério do Trabalho e a Universidade de Brasília, divulgada no mês de novembro de 2014. EBC – Agência Brasil – Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2014-11/numero-de-estrangeiros-trabalhando-no-pais-ultrapassa-120%20mil> (acesso em 27-07-2015)

das dimensões marcantes que ele tem tomado no ambiente migratório brasileiro, é que entendemos ser pertinente ingressar na situação específica do refúgio, reconhecida como uma categoria especial de imigração forçada.

Reconhecemos que a questão central do problema proposto na presente investigação não é o exame das condições de refúgio no Brasil, antes, o foco do trabalho é a situação do imigrante em condição de irregularidade no território brasileiro e as respectivas possibilidades legislativas para a questão. Contudo, parece-nos evidente que, na prática, as duas situações jurídicas se equivalem em algum momento da trajetória do migrante no país, uma vez que a marca de ambos é a enorme situação de precariedade de direitos que lhes são assegurados.

Cabível, nessa linha de argumentação, apenas uma rápida localização conceitual da figura jurídica do refugiado, conforme doutrina e legislação brasileira. Segundo Maritza Natalia Farena, o aspecto diferenciador fundamental entre o refugiado e os demais migrantes forçados é que os primeiros sofrem um tipo de violência específica, para além da mera violação de direitos econômicos ou sociais que caracteriza a maioria das migrações forçadas, referida violência específica, conforme mencionada autora, é: *“uma perseguição, seja religiosa, de raça, nacionalidade ou de outra natureza”*⁹. Este, aliás, é o exato teor do dispositivo legal (art. 1º. da Lei da Lei 9.474/97¹⁰) que caracteriza a pessoa refugiada.

Segundo dados divulgados pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – ACNUR¹¹ – Agência da ONU para Refugiados – a evolução do número de refugiados em território brasileiro é bastante expressiva, especialmente em relação aos nacionais do Haiti que, desde o ano de 2010 até o mês de setembro de 2014, já somavam a quantia de 39.000 haitianos. O mesmo relatório destaca, ainda, que, embora tenham requerido o reconhecimento da condição de refugiados, na verdade, os pedidos foram encaminhados ao Conselho Nacional de Imigração (CNIg), que emitiu vistos de residência permanente por razões humanitárias. Mesmo assim, a conclusão quanto ao número efetivo de refugiados (excluindo-se todo o universo dos haitianos) ainda é de 7.289, sendo 1.687 oriundos do

⁹ FARENA, Maritza Natalia Ferreti Cisneros. Direitos Humanos dos Migrantes. Curitiba: Juruá, 2012, p. 35;

¹⁰ Art. 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.

¹¹ UNHCR – ANCUR – Refúgio no Brasil, uma análise estatística de janeiro de 2010 a outubro de 2014 – Disponível em: http://reporterbrasil.org.br/documentos/17nov2014_factsheet.pdf (acesso em 28-07-2015)

Senegal, e os demais distribuídos entre várias nacionalidades, sempre considerando o mês de outubro de 2014.

A realidade acima descrita revela a importância da promulgação da Lei 9.474/97 (Lei de Brasileira de Refúgio) que, na verdade, adota a definição ampliada de refugiado, estabelecida pela Declaração de Cartagena de 1984, que considera “a violação generalizada de direitos humanos” como uma das causas de reconhecimento da condição de refugiado. Por isso o destaque para esta Legislação Brasileira de Refúgio que, conforme assevera Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto, tem sido considerada pela Organização das Nações Unidas (ONU), como uma das leis mais modernas, mais abrangentes e mais generosas do mundo.¹²

Revela-se, por conseguinte, mais uma discrepância legislativa no contexto jurídico brasileiro, na medida em que a modernidade e generosidade com que o país se preocupa com a situação do refugiado – ao menos no aspecto normativo positivado – não se repete quanto ao tratamento dos imigrantes que não estejam vinculados à situação específica de refúgio. Ao contrário, o que se verifica é o atraso legislativo neste contexto, visto que ainda se mantém a vigência do defasado e anacrônico Estatuto do Estrangeiro, sobre o qual, nos debruçaremos oportunamente.

No momento, vale lembrar ainda, que a proposição investigativa do presente estudo é, exatamente, a análise do conteúdo normativo da questão migratória no Brasil e sua aptidão para a garantia e respeito aos direitos humanos neste contexto. Necessário, por conseguinte, abordar, mesmo que de forma restrita e com o foco limitado às pretensões específicas da presente pesquisa, a árdua questão conceitual dos direitos humanos.

1.1. Direitos Humanos como referencial para o tratamento do fenômeno migratório internacional.

Os direitos humanos configuram temática que tem sido objeto enorme investigação e, por isso, dão ensejo a diversas percepções, por vezes, contrapostas. Para os fins pertinentes ao presente trabalho, contudo, basta reafirmar que a concepção teórica dos direitos humanos nasce da noção elementar de que todo ser humano tem direito a ser igualmente respeitado pela simples razão de sua própria condição humana – o corolário da dignidade da pessoa humana.

¹² Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas / Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto, organizador. – 1. ed. – Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

Uma definição básica para os direitos humanos, na perspectiva restrita do presente trabalho, evidencia-se sob dois aspectos. O primeiro, volta-se à análise dos fundamentos primordiais desses direitos e se consubstancia em temática de enorme relevância para os campos do saber da filosofia, da sociologia ou da ciência política.

O segundo é pertinente à abordagem jurídica dessa categoria de direitos. É a relação entre os direitos humanos e sua normatização positivada a partir das constituições nacionais, dos tratados e convenções internacionais, ou do arcabouço legal de cada ordenamento jurídico interno, todos objetivando definir e regular os mecanismos nacionais ou internacionais garantidores dos direitos fundamentais da pessoa humana. Nesta medida, vislumbra-se grande diversidade de conceituação doutrinária:

João Batista Herkenhoff, numa visão que se aproxima do direito natural, aponta de maneira bastante cristalina que os direitos humanos devem ser entendidos, modernamente, como *“aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente”*¹³.

No pensamento mais ponderado de Norberto Bobbio, que revela seu descrédito na possibilidade de elaboração de um conceito preciso de direitos humanos, destaca-se sua abordagem crítica à ideia puramente naturalista ao considerar meramente tautológica a definição que argumenta que os direitos humanos são direitos naturais porque cabem ao homem enquanto homem. Segundo o citado jusfilósofo, mencionada tautologia não se presta para definir o verdadeiro significado e conteúdo dos direitos do homem. Aponta, nessa linha de entendimento, a contraposição com uma perspectiva histórica dos direitos humanos, nos seguintes termos:

Também os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem. A expressão “direitos do homem”, que é certamente enfática –ainda que oportunamente enfática, pode provocar equívocos, já que faz pensar na existência de direitos que pertencem a um homem abstrato e, como tal, subtraídos ao fluxo da história, a um homem essencial e eterno, de cuja contemplação derivaríamos o conhecimento infalível dos seus direitos e deveres. Sabemos hoje que também os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação.⁷⁴

¹³ HERKENHOFF, João Batista. Curso de Direitos Humanos. V I. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 30;

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. A era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro:Campus, 1992. p. 20;

Destarte, Bobbio insiste no processo de construção dos direitos humanos que, em sua concepção, originam-se “*de modo gradual não nascem de uma vez, nem de uma vez por todas*”¹⁵, antes, são construídos em cada tempo e para cada realidade, na medida do possível e da necessidade reivindicada historicamente pela sociedade.

Já na visão de Louis Henkin, estes direitos não são categoricamente definidos, porém, constituem um termo de uso comum e são concebidos para a busca da inclusão de reivindicações, tanto na esfera moral, quanto no âmbito político, com fundamento no consenso contemporâneo sobre a relevância social do direito buscado. Para este autor, então, esse consenso da sociedade estabelece os direitos que: “*todo ser humano têm ou deve ter perante sua sociedade ou governo*” e, a sua reivindicação deve ser “*reconhecida como de direito e não apenas por amor, graça ou caridade*”.¹⁶

Celso Mello, ao reconhecer a existência e importância dos direitos humanos, identifica o ramo do direito internacional dos direitos humanos que, segundo o autor, se revela como um conjunto de normas jurídicas que visam, primeiro, reconhecer a existência de direitos fundamentais que os seres humanos possuem e os habilitam ao desenvolvimento de sua personalidade e, segundo, estabelecer mecanismos para a proteção de tais direitos fundantes da personalidade humana.¹⁷

Como já se afirmou, por outro lado, não se deve esquecer do caráter altamente polêmico das discussões que envolvem a temática dos direitos humanos. Com efeito, as opiniões divergem desde o limite extremo da negativa de sua existência, dadas as características fortemente subjetivas de sua definição, até, em outro extremo, à utilização do argumento sobre a defesa dos direitos humanos como fundamento para várias ações, inclusive, intervencionistas e, no mínimo, questionáveis, no âmbito das relações estatais internacionais.

A propósito, interessante o pensamento de Boaventura de Souza Santos, que contrapõe duas possibilidades conceituais na investigação da definição dos direitos humanos. A primeira concepção, que denomina *localismo globalizado*, tem como característica a imposição dos

¹⁵ BOBBIO, Norberto. A era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro:Campus, 1992. p.9;

¹⁶ HENKIN, Louis. The Rights of Man Today. New York, Columbia University Press, 1988, p. 1-3. apud PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 31.

¹⁷ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público.

valores e da cultura do ente estatal ou organismo internacional mais poderoso e, portanto, se relaciona com uma indesejável ideia de globalização hegemônica. Já na segunda concepção, que se propõe a defender, os direitos humanos assumem a forma de *cosmopolitismo*, que defende tratar-se de uma globalização contra-hegemônica. Por tais razões é que o autor em exame sustenta a sua tese contrária à ideia de globalização hegemônica, apontando que a tentativa de universalizar o conceito de direitos humanos tende a gerar um localismo globalizado que seria, em última análise: “...uma forma de globalização de cima para baixo. Serão sempre um instrumento do ‘choque de civilizações’, tal como concebe Samuel Huntington, ou seja, como arma do Ocidente contra o resto do mundo”.¹⁸

Registrada esta característica controversa dos direitos humanos, observa-se, contudo, que não é possível o aprofundamento desta discussão no bojo do presente trabalho, cujo objeto parte da perspectiva de que eles existem e que a sua defesa há que ser efetivada pelo Estado promotor do bem comum. É a partir deste pressuposto que se busca respaldo para uma aplicação particularizada dos direitos humanos no âmbito do direito internacional, em especial do direito migratório, com recorte na possibilidade de reconhecê-los ao imigrante em situação irregular no país de acolhimento.

Neste sentido, há uma inegável transformação da perspectiva normativa internacional no que toca aos direitos humanos. Vislumbra-se, na história, a modificação da mentalidade predominante durante o século XIX, onde as garantias dos direitos desta ordem eram consideradas a partir da ótica obrigacional do Estado nacional perante seus próprios cidadãos. Com o advento de uma percepção sociocultural e política tendente à universalização dos direitos humanos que tem como importante marco histórico a Declaração dos Direitos do Homem em 1948, quando a ordem política mundial ainda se encontrava sob o forte impacto das nefastas agressões impostas pelo regime nazista durante a segunda conflagração mundial, percebe-se o redirecionamento da mentalidade internacional.

Desde então, esforços legiferantes e doutrinários têm sido envidados para a formação de um arcabouço – mínimo e possível – de normas reguladoras dos direitos humanos no âmbito internacional. Fator de extrema relevância para este contexto é o substancial incremento do fluxo de pessoas entre nações, motivado por diversos condicionamentos geradores do

¹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos – p. 15. Disponível em (acesso em 27-02-2015): http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF

fenômeno migratório entre as nações, alguns deles já mencionados anteriormente neste capítulo, tais como, as questões ambientais e tragédias naturais como as que assolaram o Haiti.

Quando nos referimos à universalização de direitos, temos em mente uma sistematização teórica deste cenário que se inclina para encontrar fundamento no universalismo, conforme esclarece, dentre outras, a concepção doutrinária de Flávia Piovesan¹⁹, na perspectiva que se pretende abordar neste trabalho, com recorte epistemológico no exame da proteção à pessoa estrangeira na condição de migrante, em especial, aquele que se encontra em situação irregular no país de acolhimento.

Mais uma vez afirmamos que não se pretende uma apresentação exaustiva das diferenças entre o universalismo e o relativismo cultural, contraposição típica das discussões sobre os fundamentos dos direitos humanos, uma vez que referida análise foge ao escopo principal do estudo, bastando, a nosso ver, mencionar a existência das duas correntes e declinar a opção pelo critério do universalismo. Destarte, de modo ainda mais específico, optamos pela ideia de um universalismo de confluência que, em curtíssima síntese, trata-se de “*um universalismo de chegada e não de partida*”²⁰, comporta a noção de que é possível chegar a uma síntese universal dos direitos, porém, este é o objetivo a ser perseguido e não o ponto de partida justificador dos direitos humanos universais; que não nega as dificuldades dos padrões multiculturais para a determinação de um referencial comum, mas não se deixa sucumbir por tais entraves.²¹

Com efeito, é possível verificar que a crença nesta perspectiva de primazia dos direitos humanos nas relações migratórias entre os Estados e as pessoas que circulam por seus territórios tem sua origem muito antes dos eventos acima descritos, ou seja, não nascem meramente de um desconforto internacional causado pela culpa decorrente das atrocidades cometidas no decorrer das duas grandes guerras mundiais, ainda que sejam relevantes marcos desta evolução. Muito antes, porém, a construção filosófica de Kant²², sob os novos ares do

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In Direitos humanos na sociedade cosmopolita. São Paulo: Renovar, 2004, p.47

²⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo de sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo. Saraiva, 2006, p. 18

²¹ A propósito do Universalismo de confluência ver: FLORES, Joaquim Herrera. Direitos Humanos, Interculturalidade e racionalidade de resistência. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921> (acesso em 29-07-2015)

²² KANT, Immanuel. À paz perpétua. Porto Alegre: L&PM, 1989.

iluminismo e da Revolução Francesa, descortina sua fé na possibilidade da construção de um pacto universal de nações para a concretização de um permanente estado de paz.

Em seu livro *À Paz Perpétua*, lançado originariamente no ano de 1795, Kant desenvolve o arcabouço filosófico em defesa de um Direito Cosmopolita (*ius cosmopolitanum*). A obra traz em seu bojo os conceitos pertinentes a um “*direito da posse comunitária da superfície da Terra*”²³ que redundam no direito de visita e no dever de hospitalidade, entendido como aquele de ser recebido sem hostilidade.

Cuida-se, na visão de modernos doutrinadores, de indubitável influência sobre a elaboração da própria Declaração Universal dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas (ONU). Conforme argumenta Eduardo Rabenhorst: “...*não há dúvidas de que os direitos humanos, pelo menos desde a promulgação da Declaração, estão associados ao ideal kantiano de construção de um Direito Cosmopolita*”²⁴.

A visão kantiana quanto à interdependência existente entre os povos argumenta que a violação a um direito humano, perpetrada em um ponto específico do mundo, se faz sentir em todos os outros. Em nossos dias, esta percepção pode muito bem ser aplicada ao fenômeno da globalização, para concluir que este não deveria ser reconhecido apenas no âmbito econômico, mas também sob o ponto de vista do direito humanitário.

De fato, há considerável suporte doutrinário em socorro à tese central da presente pesquisa, qual seja, a necessidade de universalização dos direitos humanos da pessoa migrante. Os escritos já mencionados de Norberto Bobbio, com efeito, buscam amparo na visão kantiana ao afirmar a essencialidade da internacionalização dos direitos humanos como caminho obrigatório para a busca da “paz perpétua”, com o dispêndio das mesmas energias e dos mesmos esforços dedicados ao fenômeno da globalização econômica.

De igual modo, o pensamento de Habermas não destoaria desse reconhecimento da necessidade de se transpor as barreiras nacionais em direção a uma realidade multicultural e supranacional²⁵ e na perspectiva de inclusão política e humanística²⁶.

²³ A propósito ver Terceiro Artigo Definitivo da Segunda Seção de *À Paz perpétua*, op. cit. p. 43

²⁴ RABENHORST, Eduardo R. Direitos Humanos e Globalização Contra-hegemônica, In: LYRA, Rubem Pinto (Org). *Direitos Humanos: Os Desafios do Sec. XXI, uma abordagem interdisciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. P.20.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional: Ensaio Político*. São Paulo: Littera Mundi, 2001

²⁶ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro – Estudos de Teoria Política* – São Paulo: Ed. Loyola, 2002

Pode-se, ainda, mencionar o pensamento de Farena, para quem: “o direito de ter direitos só pode efetivar-se quando prevalecer o direito de todo ser humano à hospitalidade universal, esclarecendo que essa noção de hospitalidade universal significa que as pessoas precisam estar à vontade e em casa no mundo”²⁷. Tal perspectiva remonta ao ensino de Arendt:

O homem pode perder todos os chamados Direitos do Homem sem perder a sua qualidade essencial de homem, sua dignidade humana. Só a perda da própria comunidade é que o expulsa da humanidade. O direito que corresponde a essa perda, e que nunca foi sequer mencionado entre os direitos humanos, não pode ser expresso em termos das categorias do século XVIII, pois estas presumem que os direitos emanam diretamente da "natureza" do homem — e, portanto, faz pouca diferença se essa natureza é visualizada em termos de lei natural ou de um ser criado à imagem de Deus, se se refere a direitos "naturais" ou a mandamentos divinos. O fator decisivo é que esses direitos, e a dignidade humana que eles outorgam, deveriam permanecer válidos e reais mesmo que somente existisse um único ser humano na face da terra; não dependem da pluralidade humana e devem permanecer válidos mesmo que um ser humano seja expulso da comunidade humana.²⁸

Kelsen se faz particularmente útil à presente investigação acadêmica, na medida em que a pesquisa tem como um dos objetos de estudo, o confronto entre a normatização internacional dos direitos humanos e o ordenamento jurídico brasileiro. Eis aí a pertinência do pensamento do referido filósofo em face de suas lições sobre a prevalência da norma internacional, que deveria ser observada na questão migratória em nosso país não apenas na diretriz constitucional como, também, na legislação ordinária específica.

Portanto, nos parece natural aplicar o seu pensamento como suporte teórico à presente pesquisa: “Admite-se a primazia do direito internacional, a noção de direito torna-se perfeita do ponto de vista moral: o direito torna-se a organização da humanidade e se identifica, assim, com a ideia moral suprema”²⁹.

²⁷ FARENA, Maritza Natalia Ferreti Cisneros. Direitos Humanos dos Migrantes. Curitiba: Juruá, 2012. p.76

²⁸ ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo. Tradução Roberto Raposo – São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 331

²⁹ KELSEN, Hans. Direito das Relações Internacionais. In Revista de Direito Internacional – Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB. – 2011.vol.8, no.2 – p.60

John Rawls³⁰, também pode dar fundamento ao estudo, uma vez que, como um dos pilares da doutrina liberal, tem seu foco no indivíduo e na garantia de sua liberdade, defendendo dois princípios de justiça fundantes para a norma constitucional.

Primeiro, um sistema de liberdades básicas onde *"cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos"*.³¹ Segundo, a coordenação das desigualdades de índole social, desde que resguardadas as liberdades, de modo a que se privilegie os menos favorecidos.

Na mesma linha tem-se o pensamento de Ronald Dworkin que, com inspiração nos ideais liberais de Rawls, constrói uma teoria geral do direito com foco na proteção dos direitos individuais. Em suas duas obras de referência³², Dworkin trabalha sua "Tese dos Direitos" que, em apertada síntese, afirma que um dos objetivos primordiais de um sistema jurídico deve ser a proteção e defesa dos direitos individuais, ainda que em relação ao poder estatal, cuja atuação tem os seus limites fixados, exatamente, na primazia desses direitos, fazendo nascer a ideia de Constituição-Garantia que impõe à norma constitucional o dever de proteção contra violações dos direitos individuais, com destaque para os direitos fundamentais humanitários, o que se aplica ao migrante estrangeiro.

Também não se pode olvidar a possível aplicabilidade, nessa linha de argumentação, do Garantismo jurídico de Ferrajoli à discussão em tela quando afirma que todos os direitos fundamentais *"deveriam ser ancorados à condição de pessoa e/ou à capacidade de agir, e não também à cidadania: categoria que um constitucionalismo global deveria arquivar conjuntamente com aquela de soberania estatal"*³³

Pertinente, de igual modo, o exame do pensamento de Antônio Augusto Cançado Trindade³⁴, que defende a existência (ou a necessidade de existir) de um Direito Internacional da Humanidade. Para ele, *"o direito internacional não se reduz em absoluto, a um*

³⁰ RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2002

³¹ RAWLS, John. op. cit., p.333

³² DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORDIN, Ronald. O Império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007

³³ FERRAJOLI, Luigi. Garantismo. Uma discussão sobre direito e democracia. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2012. p.90

³⁴ FABRIS, Sergio Antônio - Tratado de direito internacional de direitos humanos. Vols. I, II e III. Porto Alegre: 1997.

instrumento a serviço do poder; seu destinatário final é o ser humano, devendo atender suas necessidades, entre as quais se destaca a realização da justiça”³⁵.

Por derradeiro, parece-nos que mesmo no bojo do Comunitarismo, construção doutrinária diversa do Liberalismo, é possível divisar em seu discurso teórico conteúdo capaz de determinar a necessidade de proteção universal da pessoa do migrante, primordialmente pela sua condição humana e não somente por sua identidade nacional.

A propósito, podemos destacar o pensamento de Charles Taylor, expoente maior do comunitarismo, não para aprofundar a análise da antinomia entre esta corrente com o liberalismo, o que seria debate suficiente para construção de pesquisa autônoma, mas na busca dos pontos de convergência, focados especificamente na questão dos direitos humanos: “...falar em direitos humanos universais, naturais, é vincular o respeito pela vida e integridade humanas...conceber as pessoas como colaboradores ativos no estabelecimento e garantia do respeito que lhes é devido.”³⁶.

1.2 Desafios relacionados à ponderação entre a Segurança Internacional e os Direitos Humanos.

Ainda que a defesa prioritária dos direitos humanos da pessoa imigrante seja o foco da presente construção argumentativa, não é possível deixar de enfrentar os problemas e desafios que a história recente e a globalização apontam, em especial, sobre o tratamento que os Estados nacionais dão à questão de segurança neste contexto das migrações mundiais.

Com a queda do famigerado muro de Berlim no ano de 1989, mítico e simbólico ato de encerramento do processo iniciado pela *Perestroika*, do então presidente soviético Mikhail Gorbachev e que levaria ao término da Guerra Fria – décadas de disputas econômicas, ideológicas e militares entre o bloco capitalista, comandado por Estados Unidos e o socialista, dirigido pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) a partir da polarização iniciada com o término da Segunda Grande Guerra – é possível divisar um crescente processo de mudança das realidades de segurança internacional cujos problemas e questões ampliaram-se com o fim daquela contenda bipolarizada. Até então, a ênfase de segurança internacional

³⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.389

³⁶ TAYLOR, Charles. *As Fontes do Self*. São Paulo. Loyola, 1997, p.26

ainda estava bastante contida nas preocupações de índole tradicionalmente militar e eram definidas como questões de segurança de estado, em especial ante o temor de utilização de arsenais nucleares capazes de produzir destruição generalizada e global.

O mencionado processo de transformação da segurança internacional ganha contornos ainda mais dramáticos a partir do inimaginável evento da queda das Torres Gêmeas, em 11 de setembro de 2001, fazendo com que, muitas vezes, as concepções de criminalidade e migração sejam confundidas sob o prisma da gestão de segurança criando políticas que privilegiam o valor “segurança nacional” em detrimento dos direitos humanos.

Desde então, houve forte incremento na noção de segurança e a percepção do que se convencionou chamar de novas ameaças, ganha relevo na abordagem das questões de segurança internacional. Dentre as referidas novas ameaças, devem ser destacadas: as questões econômico-sociais, vinculadas especialmente ao problema do emprego e da previdência; o problema da insegurança ambiental e, por fim, as questões vinculadas à criminalidade, com foco no tráfico de pessoas e condutas paralelas e o terrorismo.

Nesse novo contexto, a concepção do que se define como segurança estatal passa a ter um caráter amplificado e de dimensões mais profundas uma vez que as ameaças já não se restringem à possibilidade de um ataque militar, cuja origem é bastante verificável, por parte de outro Estado, ao contrário, tais ameaças passam a ser indeterminadas, espécies de agressão que podem vir, inesperadamente, de organizações não estatais, criminosas ou terroristas. Além disso, a própria lógica das respostas possíveis aos Estados agredidos, também passará a diferir bastante daquela que se daria no contexto das agressões ou ameaças tradicionais.

Todo este ambiente produz consequências bastante relevantes para o contexto migratório internacional, com a tendência de um tratamento cada vez mais rigoroso sob o ponto de vista da segurança do Estado receptor, situação que se estende, igualmente, à realidade dos blocos regionais.

O fenômeno multifacetado da globalização, que facilita e incrementa ondas migratórias entre as nações, produz, também, como consequência preocupante, pela ótica da segurança, a diluição e porosidade das fronteiras, exacerbando as limitações da atuação preventiva e fiscalizadora dos Estados. Neste viés, as migrações, fronteiras e segurança se interconectam apontando os novos desafios à efetiva propagação dos direitos fundamentais dos atores humanos destes fluxos migratórios.

No presente momento temos os desdobramentos da chamada Primavera Árabe, fenômeno político-social que se caracteriza por uma série de protestos e revoluções que se desenrolaram, e algumas ainda se desenrolam, em vários países do Oriente Médio e também no norte do continente Africano, em especial, o contexto de guerra civil na Síria, elemento causador do enorme fluxo de refugiados que, ao buscarem escapar das terríveis consequências do contínuo estado de beligerância no interior do país, fogem para os países da Europa, normalmente visando alcançar os membros mais ricos da União Europeia. O desenrolar deste processo migratório generalizado tem trazido efeitos marcantes para os países e para as pessoas envolvidas ³⁷.

O clímax recente destas discussões é o polêmico acordo entre a União Europeia e a Turquia, mediante o qual o bloco continental se propõe a transferir recursos financeiro para o Estado Turco, em troca de maior controle das fronteiras de acesso ao continente, e recebimento de migrantes devolvidos ou impedidos de entrar/continuar em território europeu, no que parece ser uma grave agressão aos direitos humanos e violação dos padrões humanitários consagrados internacionalmente.³⁸

O objetivo deste trecho de nossa reflexão, portanto, é entender este processo que tende a avaliar a questão migratória como um problema de segurança e elucidar pontos pertinentes a tal problemática, ressaltando, contudo, que o recorte da análise se dará, tão somente, em relação às já mencionadas questões do emprego e previdência; dificuldades ambientais e, por último, o problema da criminalidade com ênfase no tráfico de pessoas e na questão do terrorismo.

1.2.1 Emprego e Previdência

Um dos grandes receios que envolvem a questão migratória em todo o mundo, gerando um ambiente de tensão entre os habitantes natos e os imigrantes, é o temor dos cidadãos locais

³⁷ Marco da tragédia, a morte do menino sírio Aylan Kurdi, que aos três anos de idade morreu afogado numa tentativa de travessia até a Grécia, e cujo corpo foi encontrado e fotografado no litoral de uma praia da Turquia, no dia 02 de setembro 2015. A divulgação da imagem flagrada pela fotógrafa turca Nilüfer Demir, comoveu o mundo e causou grande reboliço na comunidade internacional, gerando enorme onda de discussões sobre a crise migratória mundial. Noticiado em Globo.com – Mundo – Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/09/meus-filhos-escorreram-pelas-minhas-maos-diz-pai-de-menino-sirio-morto.html> – acesso em 05-09-2015

³⁸ A propósito, ver reportagem de Globo.com – Mundo - Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/03/acordo-entre-ue-e-turquia-sobre-refugiados-entra-em-vigor.html> - acesso em 29.03.2016

de perderem seus postos de trabalho. Outra relevante questão, sob o prisma dos Estados receptores da imigração, é o equilíbrio e manutenção de seu sistema previdenciária ou de seguridade. Esta dificuldade tem sido apontada comumente como um dos fortes argumentos para que o tratamento da pessoa imigrante seja estabelecido com bastante ressalva pela autoridade migratória.

Não obstante, o processo de internacionalização característico da globalização, com seu incremento de fluxos financeiros, investimentos produtivos diretos, movimentação de mercadorias, intercâmbio tecnológico, avanço de comunicações e troca de informações, produz uma outra necessidade de índole internacional, qual seja, o trânsito de trabalhadores pelas fronteiras dos países. O enorme desafio, assim, é que os Estados precisam adequar suas políticas públicas para que, enquanto absorvem o potencial produtivo da chegada destes trabalhadores, a questão do emprego, de igual modo, possa garantir a estes imigrantes, condições dignas de trabalho e incorporação aos sistemas de seguridade social, o problema previdenciário.

Relativamente ao emprego, a lógica do argumento contrário ao tratamento igualitário e humanizado do imigrante, em curtas palavras, seria a seguinte: “O emprego está nas mãos do imigrante, se não estivesse, necessariamente, estaria com um trabalhador nativo”. De fato, num exame perfunctório da questão, esta lógica parece correta, porém, não resiste a um exame mais aprofundado de suas bases. Isto porque, a noção de que há apenas uma quantidade limitada de empregos, ou trabalho, e que ninguém consegue uma posição no mercado de trabalho sem tirá-la de outra pessoa revela um equívoco oriundo da simplificação da análise econômica. Tal equívoco tem sido nominado por especialistas da área econômica como a *Falácia da Escassez do Trabalho*³⁹.

Argumentam, referidos estudiosos da economia, que não se pode raciocinar, em relação a empregos, com a mesma lógica utilizada para mercadorias ou produtos em geral. Em resumo simplificado, não é possível comparar a relação de consumo pertinente a produtos com a relação entre oferta e procura de mão de obra para postos de trabalho. É certo que o

³⁹ Termo derivado da expressão em inglês “Lump of labour fallacy: The assumption that the quantity of labor required in an overall economy is fixed. This assumption is often regarded as fallacious, as the consensus view amongst economists today is that the quantity of labor demanded varies with respect to many factors. Foremost, these economists argue, employment of labor can expand the overall size of the economy, leading to further job creation. Reducing the amount of labor employed would decrease overall economic activity and thus further decrease the demand for labor.” - In: <http://www.investopedia.com/terms/l/lump-of-labour-fallacy.asp> (acesso em 31-07-2015)

aumento da oferta de um determinado produto, por exemplo, uma superprodução tomates, afetará o preço deste produto com a diminuição do seu valor e, de outra banda, a escassez gerada pela quebra da safra, acarretará uma valorização pela dificuldade de encontrar o produto, aumentando o seu preço.

Contudo, trabalhadores (ou imigrantes em nosso caso) não podem ser comparados a produtos uma vez que a sua presença no mercado de trabalho, embora efetivamente aumente a oferta de mão de obra, por outro lado e ao mesmo tempo, faz aumentar a sua demanda por novos tipos de mão de obra, por exemplo, quando passam a utilizar o seu salário para consumir novos produtos ou serviços, como cortar o cabelo ou comprar um novo aparelho de televisão e, assim, na medida em que aumentam o consumo, também pressionam a demanda por novos postos de trabalho no salão de beleza, ou na indústria de equipamentos eletrônicos. Demais disso, é conhecimento cediço no pensamento econômico, o aumento do tamanho da população incrementa, igualmente, o tamanho da economia.

Outra reflexão cabível em contraposição ao pensamento de que a presença do imigrante rouba os empregos dos locais, é imaginar que esta premissa seria correta, relativamente aos jovens que saem do sistema educacional para o mercado de trabalho, não nos parece nada razoável argumentar que referidos jovens estão roubando o emprego dos mais velhos, já colocados no mercado de trabalho. Esta linha de pensamento é incorreta ou, no mínimo, extremamente simplista.

A partir da pesquisa realizada para este ponto específico do presente trabalho, pudemos observar que, ao menos em sua maioria, os argumentos contrários à imigração ou ao tratamento humano da pessoa do imigrante, caracteriza uma variação da Falácia da Escassez de Trabalho. Conquanto não tenhamos encontrado estudos específicos desta questão no ambiente nacional onde, até onde conseguimos verificar, o tema não tenha sido abordado expressivamente, há, no contexto norte-americano, estudos contundentes que revelam que, na realidade empírica, esta percepção não se sustenta.

Destacamos, em continuação, alguns destes referidos estudos, que buscam refutar a falácia da escassez. O primeiro, considerado um marco na análise da questão, é o

trabalho *The Impact of the Mariel Boatlift on the Miami Labor Market*⁴⁰, publicado por David Card, professor de economia da Universidade da Califórnia em Berkeley, examinando o impacto de um evento migratório que foi designado como o “êxodo marítimo de Mariel”.

Trata-se, em resumo, de uma migração em massa ocorrida no ano de 1980, quando um enorme grupo de mais de 125 mil imigrantes cubanos se deslocou para a cidade de Miami, aproveitando-se de uma autorização temporariamente concedida pelo governo de Cuba, deste total, cerca de 45 mil com idade produtiva fixou residência naquela cidade. O estudo de Card revelou que não houve qualquer impacto negativo, seja no valor dos salários, seja na manutenção dos empregos, para as pessoas que já trabalhavam em Miami, apesar do incremento de cerca de 7% na oferta mão de obra que a chegada dos 45 mil cubanos significou num período de 4 meses após a chegada dos imigrantes. Eis um pequeno trecho de sua conclusão:

This study shows that the influx of Mariel immigrants had virtually no effect on the wage rates of less-skilled non-cuban workers. Similarly, there is no evidence of an increase in unemployment among less-skilled blacks or other non-cuban workers. Rather, the data analysis suggests a remarkably rapid absorption of the Mariel immigrants into the Miami labor force, with negligible effects on other groups. Even among the cuban population there is no indication that wages or unemployment rates of earlier immigrants were substantially affected by the arrival of the Mariels⁴¹

A grande importância dada a este estudo, como afirmado anteriormente, é que se trata da primeira análise científica a modificar os paradigmas tradicionais que assumiam a falácia da escassez de trabalho como certa. Anteriormente a conclusão comum era no sentido de que os imigrantes traziam benefícios apenas a longo prazo, porém, à custa de penosos prejuízos a curto prazo. A partir do estudo de Card, contudo, consistentes trabalhos têm sido realizados para demonstrar que os benefícios se dão, realmente, a longo prazo, porém, sem grandes efeitos negativos imediatamente, modificando o consenso dos economistas sobre esta questão.

⁴⁰ Industrial and Labor Relations Review, Vol. 43, No. 2. (Jan., 1990), pp. 245-257 – Disponível em: <http://davidcard.berkeley.edu/papers/mariel-impact.pdf> (acesso em 31-07-2015)

⁴¹ p. 256, do artigo citado - tradução livre: “Este estudo mostra que o afluxo de imigrantes para Mariel não teve virtualmente nenhum efeito sobre os salários dos trabalhadores não cubanos menos qualificados. Da mesma forma, não há nenhuma evidência de um aumento do desemprego entre os negros menos qualificados ou outros trabalhadores não-cubanos. Em vez disso, a análise dos dados sugere uma notavelmente rápida absorção dos imigrantes de Mariel na força de trabalho Miami, com efeitos negligenciáveis sobre outros grupos. Mesmo entre a população cubana não há indicativos de que os salários ou taxas de desemprego de imigrantes anteriores tenha sido substancialmente afetadas pela chegada dos novos imigrantes de Mariel.”

Outros estudos que defendem semelhante linha de pensamento, publicados por Giovanni Peri, da Universidade da Califórnia em Davis, hoje considerado um dos principais pesquisadores da temática migratória, demonstram que a força de trabalho trazida para os países de acolhimento pela migração tende a complementar, e não competir, com a força de trabalho pré-existente. A pesquisa de Peri⁴² aponta para duas conclusões bastante robustas: a) a presença do imigrante não afeta, ao contrário do pensamento comum, as vagas de emprego dos cidadãos nacionais⁴³ e b) a presença dos imigrantes auxilia no aumento da produtividade e crescimento econômico do país hospedeiro.⁴⁴

Os estudos de Peri, aliás, tem sido a base conceitual do projeto para a modificação das políticas administrativas para migração, proposta pelo governo democrata do presidente Barack Obama, nos Estados Unidos, cuja conclusão é no sentido de que o programa de legalização em larga escala dos imigrantes terá um grande impacto no crescimento na economia americana, e na produtividade a partir de fatores como o emprego e os salários, bem como nos investimentos e na questão fiscal⁴⁵.

A mesma conclusão é alcançada em estudos distintos de outros pesquisadores, com destaque para os trabalhos de: a) Gihoon Hong e John MacLaren que concluem quanto ao tema que as evidências apontam para o fato de que os imigrantes parecem aumentar os salários em locais de baixa comercialização e atrair, inclusive, trabalhadores nativos, beneficiando, portanto, os trabalhadores locais⁴⁶ e b) Rachel Fireberg e Jennifer Hunt que

⁴² PERI, Giovanni e SPARBER, Chad – Assessing Inherent Model Bias: An application to native displacement in response to immigration – NBER Working Paper Series – Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w16332.pdf>; (acesso em 01-08-2015) e PERI, Giovanni – Immigrants’ Effect on Native Workers: New Analysis on Longitudinal Data – CREAN – Centre for research e analysis of migration – Disponível em: http://www.cream-migration.org/publ_uploads/CDP_07_15.pdf; (acesso em 01-08-2015)

⁴³ “This, in turn, explains the counter intuitive fact that there is a zero correlation between immigration and wage and employment outcomes of natives”- in: Work Papers Series – Department of Economics UCDAVIS – Rethinking the Area Approach:Immigrants and teh Labor Market in Califronia, 1960-2005 – Disponível em: <http://wp.econ.ucdavis.edu/09-13.pdf> (acesso em 01-08-2015)

⁴⁴ “Immigrants make the economy more efficient by increasing the supply of labor, both in hight an low-skill áreas, creating jobs for native-born Americans in the process: a 2010 reserarch by Peri, with Chad Saparber of Colgate University, concluded that – contrary to popular wisndon – immigrants do not, in fact, displace native workers.” In: E21 Issue Brief – Manhatan Institute Rewiew – Ed. n.2 – Dez 2014 – p. 3. – Disponível em: http://www.manhattan-institute.org/pdf/e21_02.pdf (acesso em 01-08-2015)

⁴⁵ A propósito, a ver o documento “The Economic Effects of Administrative Action on Immigration”, elaborado pelo Conselho Econômico do Escritório Executivo do Presidente dos Estados Unidos em novembro de 2014. Disponível em: https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/cea_2014_economic_effects_of_immigration_executive_action.pdf (acesso em 01-08-2015)

⁴⁶ “Immigrants appear to raise local non-tadables sector wages and to attract native-born workers form elsewhere in the country. overall, it appears that local woerkers benefit form the arrival of more immigrants”- In: NBER Working Paper Series – Are Immigrants a shot in the arm for the local economy? – Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w21123.pdf> (acesso em 01-08-2015)

apontam, no âmbito da Europa, além das mesmas conclusões quanto aos benefícios da presença dos imigrantes no mercado de trabalho, o fato de que apenas para a hipótese particular dos imigrantes ilegais, é que se pode constatar a diminuição do nível salarial dos trabalhadores locais⁴⁷. Tal conclusão indica que os esforços de legalização do imigrante podem ser o caminho para garantia e potencialização dos benefícios de sua presença no país acolhedor.

Portanto, relativamente ao problema do emprego, podemos concluir que os temores pertinentes à presença e acolhimento do imigrante não se justificam. Ao contrário, parece que a legalização desta presença possibilita impactos positivos para a economia e para o incremento da produtividade e, conseqüentemente, para os empregos e salários, seja dos habitantes locais, seja, é óbvio, para a própria situação do imigrante.

Outro aspecto configurador de certa apreensão a propósito do fenômeno migratório mundial é a questão da previdência e seguridade social. Trata-se de questão de altíssima complexidade em todo o mundo e, por conseguinte, não é o objetivo do presente trabalho analisá-la com a profundidade que requer. Não obstante, assim como acontece em relação ao emprego, entendemos que é importante anunciar que se trata de problema que tem relevante influência na análise da situação migratória internacional. Mais uma vez destaca-se a grande influência da globalização que impulsiona o fluxo de mão de obra em nível internacional.

Vale lembrar, introdutoriamente, que a previdência e a seguridade social têm como principal fundamento o princípio da solidariedade. A longa trajetória histórica da questão previdenciária, com origens remotas na antiguidade grega e romana, onde o *pater família* se tornava responsável pelas necessidades de servos e clientes, ou durante todo o período da Idade Média, onde corporações de ofício criavam seguros sociais para seus membros. Também em leis inglesas de auxílio aos pobres⁴⁸ ou de compensação por acidentes de trabalho⁴⁹ ou nos projetos do chanceler alemão Otto Von Bismark que instituíram na Alemanha diversos seguros sociais destinados aos trabalhadores, consideradas pioneiras para a criação da previdência social no mundo⁵⁰.

⁴⁷ “Immigration will lower the wage more if immigrants are prepared to work for less than natives, as seems possible in the case of illegal immigrants, for example. An influx of such immigrants not only supply, but makes it more elastic.” – in: The Journal of Economic Perspectives, Vol. 9, n.2 – 1995, pp.23-44. – Disponível em : http://www.researchgate.net/profile/Rachel_Friedberg/publication/4902369_The_Impact_of_Immigrants_on_Host_Country_Wages_Employment_and_Growth/links/00b7d53510a07bb20b000000.pdf (acesso em 01-08-2015)

⁴⁸ Poor Relief Act - editada em 1601, considerada marco da criação da assistência social

⁴⁹ Workmen’s Compensation Act – editado em 1897

⁵⁰ A propósito das origens da previdência social ver:

A percepção do problema previdenciário evolui para o patamar constitucional, notadamente, com a Constituição Mexicana de 1917, seguida pela Constituição de Weimar, em 1919. Nesse ambiente constitucional, por certo, a influência alcança as mais variadas nações e, também, o ordenamento jurídico brasileiro com seu clímax na Constituição de 1988. Destaca-se, por fim, neste panorama introdutório, a percepção internacional contida nos ditames da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948⁵¹.

Vê-se, portanto, que a questão da seguridade e previdência social, inicialmente tratada sob a ênfase do Estado nacional, ganha dimensões muito mais abrangentes na esfera internacional, atingindo, assim, a dimensão que o presente trabalho visa abordar, relacionando-a com os grandes fluxos migratórios do ambiente globalizado.

A propósito, levantam-se desafios vinculados a dois tipos de migrantes: a) migrantes que adquirem um direito à aposentadoria no exterior e retornar ao país de origem; b) migrantes que trabalham em um país por períodos muitos curtos para adquirir a aposentadoria ou, ainda, os que trabalham de forma clandestina sem direito a qualquer tipo de previdência. São duas, também, as questões que exigem resposta dos sistemas previdenciários, a saber, a) a possibilidade de acumulação de direitos previdenciários; b) a garantia de uma previdência social básica para migrantes retornados que não adquiriram esses direitos em razão de trabalharem na informalidade⁵².

Segundo o Ministério da Previdência Social, os Acordos Internacionais de Previdência Social inserem-se no contexto da política externa brasileira e são conduzidos pelo Ministério das Relações Exteriores, com a parceria da pasta previdenciária, e têm por objetivo principal garantir os direitos da seguridade social previstos nas legislações dos dois, ou mais, países envolvidos, aos respectivos trabalhadores e dependentes legais.⁵³

ARAÚJO, Francisco Carlos da Silva. [Seguridade social](#). Revista Jus Navigandi, Teresina, [ano 11, n. 1272, 25 dez. 2006](#). Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/9311>. (acesso em: 02-08-2015).

⁵¹ Art. 85: Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, os serviços sociais indispensáveis, o direito à seguridade social no caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora do seu controle.

⁵² Migrações Internacionais e Previdência Social – Ministério da Previdência Social – Coleção Previdência Social – 2007 – Série estudos, v. 25, p. 9 – Disponível em: http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_081014-111404-830.pdf - (acesso em 03-08-2015)

⁵³ Acordos Internacionais e Previdência Social/Brasil. Ministério da Previdência Social – Coleção Previdência Social – 2007 – Série estudos, v. 14, p. 15 – Disponível em: http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_081014-111357-716.pdf (acesso em 03-08-2015)

A doutrina especializada também destaca o papel deste mecanismo contratual, como método de garantia dos direitos dos migrantes. Destacamos, exemplificativamente, o ensino de Helmut Schwazer, para quem:

Os acordos criam a possibilidade de que o indivíduo que migre dentre países possa: (i) ter acesso a assistência médica, (ii) usufruir, em um país acordante, caso esteja em exercício de trabalho temporário ou, ainda, sob algumas condições especiais adicionais, benefícios do regime geral de previdência social do próprio país de origem; e (iii) requerer benefícios previstos no regime geral de previdência do país para onde o trabalhador emigrou, computando, para tanto, inclusive o tempo de contribuição no país de origem e, ainda, em alguns casos, o tempo de contribuição em países terceiros que, por sua vez, tenham acordo com qualquer dos Estados- parte do acordo em tela⁵⁴

Oportuno destacar que, sob o ponto de vista da legislação de regência, o sistema brasileiro de apoio à questão previdenciária do migrante⁵⁵ tem suporte nos preceitos constitucionais, em especial, os artigos 4º e 5º da Constituição Federal de 1988 que, estabelecem os critérios e valores pertinentes às relações do Brasil com os demais países e a condição de igualdade de tratamento para todos os seres humanos, independentemente de sua origem ou nacionalidade. Há, também, importantes convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT, ratificadas pelo país, que cuidam do tratamento igualitário para trabalhadores imigrantes no âmbito do Estado brasileiro, bem como legislação ordinária pertinente ao tema dos acordos internacionais.

Não é o escopo do presente trabalho analisar cada uma destas legislações, embora com relação ao texto constitucional, haverá um tópico de exame mais aprofundado. Todavia, o destaque neste presente momento é oportuno para demonstrar o fato de que a questão específica da situação previdenciária do migrante internacional, no contexto brasileiro, assim como de resto em diversas outras partes do globo⁵⁶, já conta com mecanismos possíveis de implementação de direitos e garantias humanas aos visitantes que, sem tais ações concretas por parte dos Estados receptores, encontram-se em extrema situação de vulnerabilidade.

⁵⁴ SCHWARZER, Helmut. Migrações Internacionais e a Previdência Social. Informe de Previdência Social. Dez. 2004, vol. 16, número 12. p. 03.

⁵⁵ Expressão que denota tanto a situação daquele que deixa o país (emigrante), quanto o que adentra em país diverso de sua terra natal (imigrante)

⁵⁶ A propósito, interessante o artigo: Experiências Europeias com Acordos Internacionais de Seguridade Social – in: Migrações Internacionais e Previdência Social – Ministério da Previdência Social – Coleção Previdência Social – 2007 – Série estudos, v. 25, pp. 69/89 – Disponível em: http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_081014-111404-830.pdf (acesso em 03-08-2015)

Sob o ponto de vista da presente investigação, interessa-nos o exame desta questão, inclusive, em relação às possíveis aplicações do Direito Administrativo Global, visto que, constatado que a solução mais comum para o tratamento dos problemas previdenciários pertinentes aos imigrantes, são os contratos ou acordos internacionais bilaterais entre os sistemas previdenciários das diferentes nações, é possível vislumbrar características bastante próximas daquelas defendidas pelas práticas do Direito Administrativo Global que busca a integração de diversos âmbitos legais, administrativos ou negociais, para a solução de problemas administrativos internacionais.

Podemos concluir este tópico da presente pesquisa, então, sob uma positiva perspectiva de viabilidade de um tratamento mais digno para o problema previdenciário dos migrantes internacionais, a partir de critérios dos direitos humanos, considerando-se o vetor referencial da regularização das situações migratórias.

1.2.2 Insegurança ambiental

Temática de imensa relevância para o panorama migratório internacional são as situações de insegurança ambiental. Nesse passo, não seria adequado deixar de estabelecer, com as limitações de análise evidentes uma vez que o tema guarda complexidade suficiente para uma dissertação ou tese específica, aspectos mínimos que demonstrem a importância da problemática e as possíveis consequências ou influências que este tipo de movimento migratório pode ter sobre o estudo da presente pesquisa.

Especialistas da questão ambiental apontam que os problemas climáticos e a consequente escassez hídrica são duas das principais causas das migrações ambientais. A estas, ainda seria possível acrescentar catástrofes mais imediatas, como ocorre no caso de terremotos de larga escala como o que destruiu o Haiti a poucos anos passados.

Basicamente, aponta-se teorias de risco e de vulnerabilidade inseridas no contexto das relações socioambientais para justificar o temor de que os fluxos migratórios desta natureza representam fator de preocupação para o contexto internacional. Destacam-se alguns autores, notadamente citados nas pesquisas sobre a temática, dentre os quais podemos apontar

Ulrich Beck⁵⁷ e Veyret⁵⁸, relativamente ao *risco* e Brooks⁵⁹, na explanação da *vulnerabilidade*. Para este último autor é bastante complexa a investigação do sistema socioambiental vulnerável uma vez que esta condição (de vulnerabilidade) é dinâmica, complexa e fluida, podendo ser alterada por três fatores, quais sejam: a) exposição; b) sensibilidade e c) capacidade adaptativa.⁶⁰

Tais riscos e vulnerabilidades determinam, no que importa ao nosso estudo, os fluxos migratórios decorrentes de situações de insegurança ambiental. Destaca-se que, na visão de muitos estudiosos desta temática, referidos fluxos migratórios consubstanciam preocupante e real motivo de preocupação, com prognósticos, muitas vezes, extremamente preocupantes⁶¹.

O exame proposto no presente tópico da pesquisa, busca relacionar tais movimentos migratórios de índole ambiental, com os temas focais do trabalho, quais sejam, a presença do imigrante e a possibilidade de um tratamento adequado aos direitos humanos. De fato, é difícil a designação exata da situação do imigrante de índole ambiental. Há que se destacar que a complexidade do fenômeno migratório já é característica comum às variadas espécies de migrações, sejam voluntárias ou forçadas, contudo, maior grau de dificuldade se observa no que toca à figura do migrante, ou refugiado, ambiental.

⁵⁷ BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2ª. Ed. 2011 – Beck define que: “os riscos não se esgotam em efeitos e danos já ocorridos. Neles, exprime-se sobretudo um componente futuro. Este baseia-se em parte na extensão futura dos danos atualmente previsíveis e em parte numa perda geral de confiança ou num suposto ‘amplificador do risco’...tem que ver com antecipação, com destruições que ainda não ocorreram mas que são iminentes, e que, justamente neste sentido, são reais hoje” p.39

⁵⁸ VEYRET, Yvette. Os riscos: o homem como agressor e vítima do meio ambiente. São Paulo: Contexto, 2007 – Veyret entende que o risco é o objeto social definido como percepção do perigo, relativo a uma interpretação ou tradução de uma conjuntura a partir da perspectiva de quem está sujeito à ameaça, assim, para a autora, riscos existem apenas para o indivíduo ou coletividade “que o apreende por meio de representações mentais e com ele convive por meio de práticas específicas...não há risco sem população que o perceba e que poderia sofrer seus efeitos”. p.11

⁵⁹ BROOKS, Nick. Vulnerability, risk and adaptation: a conceptual framework. Tyndall Centre for Climate Change Research, Working Paper 38, University of East Anglia, September 2003

⁶⁰ Brooks (p. 5 Working Paper 38) define a Vulnerabilidade nos termos propostos pelo Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), que é um corpo científico intergovernamental patrocinado pela ONU, citamos: The IPCC Third Assessment Report (TAR) describes vulnerability as “The degree to which a system is susceptible to, or unable to cope with, adverse effects of climate change, including climate variability and extremes. Vulnerability is a function of the character, magnitude, and rate of climate variation to which a system is exposed, its sensitivity, and its adaptive capacity.” (IPCC, 2001, p. 995) (IPCC Def. 1)

⁶¹ A propósito, indicamos a leitura do artigo: Environmental Refugees in a Globally Warmed World – MYERS, Norton - publicado por Oxford Journals, Oxford University Press – BioScience, Vol. 43, No. 11 (Dec., 1993), pp. 752-761, que destaca estimativas e prognósticos relativos à migração internacional motivada por fatores climáticos. Disponível em: <http://communicationsskills.yolasite.com/resources/Environmental%20Refugees%20Article%201.pdf> (acesso em 05-08-2015)

Com efeito, normalmente, a situação destas pessoas se dará por uma multiplicidade de fatores, porém, com alguma ênfase no aspecto da insegurança ambiental. Por isso, a grande controvérsia em torno da definição exata de sua situação, que gera uma indefinição quanto aos regramentos normativos internacionais aplicáveis e, ainda, quanto à própria existência, taxativa, desta condição de refugiado ambiental.

As primeiras referências ao termo refugiados ambientais teriam sido utilizadas na década de 1970 do século passado, quando o autor Lester Brown⁶² alertava para o crescente número de migrantes por questões como a desertificação, enchentes, escassez de recursos hídricos ou poluentes no meio ambiente. Segundo a maior parte da doutrina, todavia, a utilização mais contundente da expressão é atribuída a Essam El-Hinnawi, no âmbito de estudos do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente - PNUMA⁶³, para quem este tipo de refúgio é constituído por indivíduos forçados a deixar seu próprio *habitat*: “*em razão de uma determinada ruptura ambiental (natural ou gerada pelo homem), que ameaçou sua existência ou seriamente afetou sua qualidade de vida*”⁶⁴

Trata-se de uma intrincada discussão teórica sobre a própria construção do conceito de refugiado ambiental⁶⁵, da qual, todavia, o presente trabalho não tem a pretensão de participar, limitando-se, apenas, à constatação da situação fática, ou seja, a realidade das migrações internacionais, motivadas por problemas de ordem ambiental.

Em termos práticos, temos a constatação empírica da existência de fluxos migratórios motivados por referidas dificuldades relativas ao meio ambiente, porém, não há, ainda, o reconhecimento normativo da figura do refugiado ambiental.

Neste sentido, destacamos o pensamento de Carolina de Abreu Batista Claro, ao defender sua dissertação para conclusão de mestrado, submetida ao Centro de Desenvolvimento Sustentável da Universidade de Brasília, quando explica que o reconhecimento jurídico dos refugiados ambientais tem enfrentado resistência nos âmbitos

⁶² BROWN, Lester. Plan B 4.0 - Mobilizing to Save Civilization. New York: Norton & Company/Earth Policy Institute, 2009. p. 51-54

⁶³ Tradução da sigla inglesa UNEP – United Nations Environment Program

⁶⁴ in: Environmental Refugees. Nairóbi: United Nations - Environment Programme – UNEP, 1985, p. 04 - (livre tradução) texto original: “... environmental refugees are defined as those people Who have been forced to leave their traditional habitat, temporarily or permanently, because of a marked environmental disruption (natural and/or triggered by people) that jeopardized their existence and/or affected of their life”

⁶⁵ A propósito, interessante artigo de Luciana Mendes Barbosa, que busca os critérios e fundamentos para a construção da categoria de refugiados ambientais, a partir de uma análise crítica da formação e utilização do termos. In: <http://www.santiagodantassp.locaweb.com.br/br/simp/artigos/mendes.pdf> (acesso em 04-08-2105)

político e jurídico internacionais, principalmente porque os “*Estados que são ou serão receptores desses contingentes humanos não querem ou não podem assumir responsabilidades além daquelas já assumidas em relação aos demais imigrantes presentes em seu território*”.⁶⁶

Esta realidade é que se revela particularmente interessante para a presente pesquisa, na medida em que, desconsiderando a questão semântica da designação deste tipo de migração como *refúgio*, que de fato parece não ser a mais adequada sob o ponto de vista normativo positivado, quer nos parecer que o deslocamento das pessoas para além das fronteiras de seus países gera, para elas, a condição de imigrantes, via de regra, ilegais, dentro do território das nações destino e, assim, sofrem as mesmas limitações e dificuldades peculiares aos imigrantes irregulares.

Exatamente neste sentido, a conclusão de Carolina Claro, quando argumenta no sentido de que é possível a inserção deste chamado refugiado ambiental nos sistemas de proteção internacional da pessoa humana pelos instrumentos jurídicos já existentes. Para a autora, o direito internacional dos direitos humanos, bem como o direito humanitário e, até mesmo, o direito internacional dos refugiados, podem ser aplicados a estes indivíduos, dependendo das situações específicas:

Acima de tudo, não basta repetir o clichê de que refugiados ambientais não são refugiados por não se encontrarem sob o manto protetivo do Estatuto dos Refugiados: mais do que nomeá-lo como refugiado ou simplesmente migrante é preciso compreender o alcance de sua proteção jurídica, seja de direito interno ou de direito internacional, e passar à ação protetiva dessas pessoas, que na maioria das vezes se encontram em situação de extrema vulnerabilidade socioambiental e, como consequência, são também privados do exercício de toda sorte de direitos. O centro do debate em torno da proteção jurídica do refugiado ambiental deve considerar que ele é, antes de tudo, o não nacional – o estrangeiro⁶⁷, portanto – vítima de situações de estresse ambiental que provocaram sua migração forçada para fora do país de sua nacionalidade. Por isso, sendo o refugiado ambiental considerado um estrangeiro, sua proteção jurídica baseada em instrumentos

⁶⁶ CLARO, Carolina de Abreu Batista – Refugiados Ambientais: mudanças climáticas, migrações internacionais e governança global. Brasília, 2012. p. 62. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11970/1/2012_CarolinadeAbreuBatistaClaro.pdf (acesso em 04-08-2015)

⁶⁷ Observamos que a designação estrangeiro, modernamente, tem sido evitada para determinar os atores da migração internacional por sua conotação pejorativa (do latim *extraneus* = alheio, impróprio, estranho). No trabalho citado, quando de sua elaboração, por certo ainda não havia tal discussão sobre o termo, mas anunciamos que o aprofundamento desse aspecto da nomenclatura será abordado no presente trabalho quando da análise da nova legislação brasileira sobre o tema.

internacionais atuais (gerais) e futuros (específicos) se faz imperativa para atacar as necessidades e as peculiaridades dessas pessoas.⁶⁸

Podemos concluir o presente tópico do trabalho, por conseguinte, com a constatação de que a problemática relativa à insegurança ambiental e sua consequente pressão sobre os fluxos migratórios internacionais, independentemente dos regulamentos aplicáveis ou da nomenclatura dada aos atores humanos deste tipo de migração, produzem o mesmo tipo de imposições aos países hospedeiros e deles esperam, como defendido ao longo da presente pesquisa, o tratamento adequado, de acordo com as diretrizes dos direitos humanos.

1.2.3 Criminalidade:

1.2.3.1 Tráfico de pessoas e outras condutas criminosas contra o migrante

Terceiro desafio verificado no âmbito da realidade migratória mundial é a presença da criminalidade em diversos dos contextos que envolvem os fluxos internacionais de pessoas.

Relevante destacar, contudo, desde logo, que o problema do tráfico de drogas ilícitas é de extrema intensidade neste ambiente do crime internacional, despontando como um de seus braços mais potentes e, muitas vezes, se posicionando como o financiador de várias outras vertentes da criminalidade organizada transnacional. Todavia, o escopo do presente trabalho, voltado ao exame da situação do migrante, não permite adentrar nessa problemática específica e de tamanha densidade, razão pela qual, conquanto noticiemos a consciência de sua existência e das possíveis relações com a própria temática das migrações, delimitaremos a análise do problema criminal a apenas dois de seus aspectos, que consideramos mais diretamente relacionados ao presente estudo, ou seja, o tráfico de pessoas, com as condutas que lhe são relacionadas, e o terrorismo.

É importante enfatizar, relativamente ao tráfico de pessoas, que não se trata de questão de simples exame ou compreensão. Cuida-se, ao contrário, de fenômeno criminal marcado pela dinâmica de diversas situações fáticas que muitas vezes configuram outras tipificações

⁶⁸ CLARO, Carolina de Abreu Batista – Refugiados Ambientais: mudanças climáticas, migrações internacionais e governança global. Brasília, 2012. p. 63. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11970/1/2012_CarolinadeAbreuBatistaClaro.pdf (acesso em 04-08-2015)

delituosas internacionais, que não deveriam ser confundidas com o tráfico de pessoas mas que, na prática, dificultam bastante uma percepção escorreita da real ocorrência deste crime.

Para o enfoque da presente pesquisa, é oportuna a citação feita por Anderson e O'Connell Davidson⁶⁹, de trecho do relatório *Asian Migrant Yearbook 2000*⁷⁰, onde o Asian Migrant Center – AMC defende que o fenômeno da migração é o gênero dentro do qual se insere, apenas como uma espécie, o tráfico de pessoas. O argumento da referida organização é no sentido de que retirar o tráfico de pessoas do contexto das migrações é contraprodutivo para a luta por implementação dos direitos humanos dos migrantes, basicamente, porque: a) coloca a questão da migração sob o controle policial, com escassa preocupação pelos direitos humanos e, b) o tráfico de pessoas passa a ser utilizado politicamente por governos como forma de desenvolver políticas restritivas para migração.

A questão, de fato, é controversa. Há uma tendência, consoante argumentam as pesquisadoras citadas acima, de que os atores estatais queiram combater o tráfico de pessoas a partir da implementação de sistemas cada vez mais rigorosos de controles da migração. Do outro lado da equação, todavia, as organizações não governamentais que atuam na área rebatem estes critérios e afirmam que o aumento do controle policial das migrações fortalece e incrementa as agressões contra os imigrantes, favorecendo, assim, num ciclo vicioso, o tráfico que desejam combater. Eis um trecho do trabalho ora examinado:

While state actors often hold that trafficking can be combated through tougher immigration controls and enforcement, many non-state actors argue that there verse is true. So, for example, where the Italian Foreign Minister told a press conference during the Central European Initiative meeting in Trieste in November 2001 that “Cracking down on illegal immigration is one of our goals. Strengthening our efforts against human trafficking is essential in the fight for fundamental human rights”, the International Labour Office argues that restrictive migration policies actually fuel markets for smuggling and trafficking of migrants (ILO, 2002)⁷¹

⁶⁹ Save the Children Publications – Trafficking – a demand led problem? – A multi-country pilot study – by, Bridget Anderson and Julia O'Connell Davidson – Stockholm – Sweden – 2002.

Disponível em: <http://gaatw.org/publications/The%20Demand%20Side%20part1.pdf> (acesso em 06-08-2015)

⁷⁰ A citação no original é a seguinte, p. 7 de Trafficking – a demand led problem?: “It must be emphasised that migration is the general phenomenon, and trafficking is only a mode of migration. Over-emphasizing trafficking and taking it out of context (in relation to migration) is strategically counter-productive in the fight for human rights because: (a) trafficking puts migration in a crime control, crime prevention context, rather than talking about migrants' human rights first and then talking about trafficking in the context of human rights; and (b) trafficking is being used by governments as a vehicle to develop more restrictive approaches to migration in general (AMC, 2000, p18, original emphasis)”

⁷¹ Save the Children Publications – Trafficking – a demand led problem? – A multi-country pilot study – by, Bridget Anderson and Julia O'Connell Davidson – Stockholm – Sweden – 2002. – p. 7 - Disponível em: <http://gaatw.org/publications/The%20Demand%20Side%20part1.pdf> (acesso em 06-08-2015) – livre tradução: “Enquanto atores estatais muitas vezes sustentam que o tráfico pode ser combatido por meio da aplicação de

Não obstante esta grande celeuma conceitual que envolve os atores do contexto migratório internacional de lado a lado, dificultando uma definição acerca do tráfico de pessoas, e das demais condutas criminais perpetradas contra a pessoa migrante, no início do ano 2000, por fim, foi disponibilizada para ratificação a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, que tem por objetivo, nos termos de seu artigo primeiro: *“promover a cooperação pra prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional”*. Referida Convenção de Palermo conta com dois protocolos anexos: a) Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea e, b) Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.

Todo o conjunto já está devidamente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro⁷² e reúne o arcabouço conceitual necessário à compreensão das várias hipóteses criminais envolvendo a pessoa do migrante, inclusive, o tráfico de pessoas. É a partir desse novo contexto normativo das Nações Unidas que se tornou possível esclarecer: o que é o tráfico de pessoas; quais as suas principais características e, ainda, quais são as condutas assemelhadas que podem induzir a conclusões equivocadas quanto à ocorrência deste crime e como diferenciá-las satisfatoriamente no contexto da migração internacional.

O tráfico de pessoas, portanto, é definido como:

o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;⁷³

controles mais rigorosos de imigração, muitos atores não-estatais argumentam que o contrário é verdade. Assim, por exemplo, enquanto o ministro das Relações Exteriores italiano disse em uma conferência de imprensa durante a reunião Iniciativa Centro-Europeia em Trieste em novembro de 2001 que 'Reprimir a imigração ilegal é um dos nossos objetivos. Reforçar nossos esforços contra o tráfico humano é essencial na luta pelos direitos humanos fundamentais', a Organização Internacional do Trabalho defende que as políticas migratórias restritivas, na verdade, mercados de combustíveis para o contrabando e o tráfico de migrantes (OIT, 2002)”

⁷² Promulgados pelos Decretos n. 5.015; 5016 e 5017/2014 da Presidência da República do Brasil

⁷³ Definição nos termos do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças

A Organização das Nações Unidas – ONU, mantém o United Nations Office on Drugs and Crime – UNODC, como organismo responsável pelo monitoramento e combate dos crimes transnacionais conforme definidos pela Convenção de Palermo. O UNODC⁷⁴, a partir do normativo acima transcrito, busca os elementos configurados do tráfico de pessoas, a saber: a) o ato (o que é feito) – recrutar, transportar, transferir, alojar ou acolher; b) os meios (como é feito) – por ameaça ou uso da força, ou coerção e abuso contra a vítima e; c) o objetivo (por que é feito) – para fins de exploração, o que inclui questões relativas à prostituição em benefício de outrem, trabalho forçado, escravidão e, por fim, remoção forçada de órgãos⁷⁵.

A importância da elaboração deste conceito normativo se revela a partir da possibilidade efetiva de diferenciação da espécie – condutas criminais no contexto migratório – do gênero migração que, a rigor, não deveria sofrer tratamento sob a ótica criminal. Ainda com olhar voltado para a definição de tráfico de pessoas, é possível compreender outras e diferentes condutas criminosas contra a pessoa migrante. Tais condutas, conquanto possam estar relacionadas de alguma forma ao tráfico de pessoas, com ele não se confundem, conforme demonstraremos em continuação:

A primeira realidade que pode gerar alguma compreensão equivocada relativamente ao tráfico de pessoas é a questão da prostituição. Vale destacar que a confusão de conceitos ora analisada ocorre porque, até a elaboração da Convenção de Palermo e dos seus protocolos adicionais, o tratamento normativo constante dos documentos internacionais sempre se referiam, especificamente, à situação das mulheres⁷⁶. É nos Protocolos da Convenção de Palermo que se estende o alcance de sua proteção, utilizando-se, pela primeira vez, da nomenclatura “pessoa”.

⁷⁴ O UNODC, por sua vez, mantém programas como a Iniciativa Global da ONU contra o Tráfico de Pessoas (UN-GIFT, da sigla em inglês), que contribui para a inclusão da sociedade civil no debate sobre a questão, trazendo para discussão temas como a vinculação do tráfico de pessoas com vulnerabilidades, inclusive relacionadas às DST/HIV/AIDS.

⁷⁵ Oportuna a consulta à página da internet da instituição: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-de-pessoas/index.html> (acesso em 07-08-2015)

⁷⁶ O Acordo para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas de 1904 (Decreto 5.591/1905); da Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas de 1910 (Decreto 16.572/1924); da Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e de Crianças de 1921 (Decreto 23.812/1934); do Protocolo de Emenda da Convenção para a Repressão do Tráfico de mulheres e de Crianças, de 30 de setembro de 1921, e da Convenção para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores, de 11 de outubro de 1933 (Decreto 37.176/1955); da Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio e Protocolo Final (Decreto 46.981/1959).

O importante neste contexto é estabelecer algumas diferenças fundamentais relativas a três conceitos distintos: a) tráfico de pessoas; b) prostituição e; c) exploração forçada da prostituição. Isto porque, após anos de tratamento da temática da comercialização sexual como, necessariamente, ilegal, o pensamento moderno se modificou para tratar a questão de maneira diferenciada. A Organização das Nações Unidas - ONU, a partir de 1990, aponta para uma tendência de entender a prostituição ou o comércio do sexo como uma forma legítima de trabalho, quando voluntária. Ao menos é nessa linha a argumentação de Kamala Kempadoo, quando menciona a posição da entidade:

O projeto de pesquisa mundial encomendado pela Relatora Especial da ONU sobre a Violência contra as Mulheres, Rhadika Coomarswamy, em meados da década de 1990, que resultou na sugestão de que a ONU separasse os processos de recrutamento e transporte sob coação do comércio do sexo: isto é, distinguísse conceitualmente tráfico de prostituição. Além disso, a Relatora Especial da ONU definiu a prostituição como forma legítima de trabalho, e o comércio global do sexo foi definido como um lugar, mas não o único, em que ocorre o tráfico.⁷⁷

Esta posição atribuída à ONU não é unânime e sofre severas críticas de setores da sociedade relacionados com o estudo da questão da prostituição, tais setores defendem que a prostituição necessariamente consubstancia a exploração e, assim, repudiam a própria concepção de que possa ser uma atividade legitimada normativamente. Contudo, para os fins específicos do presente trabalho, esta controvérsia não será enfrentada com maior profundidade uma vez que o interesse da pesquisa se limita a demonstrar que se trata de atividade que sempre está envolvida em certo grau de risco para a pessoa migrante e, nesse sentido, não há divergência entre as diversas correntes que estudam a questão. Ainda, assim, não nos parece ser possível afirmar que a prática de comercialização sexual, em si mesma considerada, se confunda com o tráfico de pessoas, visto que é admissível, ainda que de difícil realização no contexto prático, o trabalho voluntário nesse ramo de atividade.

Todavia, mesmo entre os defensores da normatização da atividade e dos direitos dos chamados trabalhadores sexuais, sempre a partir da pressuposição da voluntariedade, há uma

⁷⁷ KEMPADOO, Kamala – “Shifting the debate on the traffic of women” – (acesso em 07-08-2015)
Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332005000200003#top16

clara percepção do grande risco potencial de exploração da pessoa, especialmente o migrante em situação irregular, tanto que defendem uma rigorosa regulamentação⁷⁸.

Assim, como já afirmamos, o foco de interesse específico da presente argumentação é este risco que envolve a atividade da prostituição, quando se dá no meio do fenômeno migratório, devido à alta carga de vulnerabilidade que envolve migrantes, especialmente aqueles que não conseguem regularizar sua situação no país de destino. Neste contexto, muitas vezes, uma realidade que se inicia com consciência e voluntariedade, acaba se tornando um grotesco quadro de exploração. A propósito, destaca-se a análise de Kempadoo e Jyoti Sanghera, que aponta que, em alguns casos, a comercialização do sexo é considerada pelo pretendente migrante, conscientemente, o único meio para a realização do movimento migratório, bem como, para a viabilização e manutenção de sua permanência no país de acolhimento:

A close examination shows that the recent impetus for transborder trafficking, as well as smuggling or other clandestine forms of labor recruitment, is connected to striking imbalances between the increasing supply of unskilled, indigent jobseekers on the one hand and the availability of legal and sustainable work in places where the jobseekers have legal rights to residence or citizenship on the other. A recent International Labour Organisation (ILO) study supports this view and maintains that 'labor trafficking should not, in theory, take place if the jobseeker has freedom of geographical movement and freedom of access to employment' (ILO, 2001, 53). Lack of legal rights to mobility and to legally accepted forms of livelihood compel marginal and vulnerable groups to lead underground lives, enhancing manifold their vulnerability to harms such as trafficking, bondage, slavery-like working and living conditions, and HIV/AIDS. This is the 'quintessential knot' in the nexus of vulnerability where prevailing vulnerabilities of age, gender, and socio-economic status forge a complex relationship with newer vulnerabilities, such as widespread and unprecedented insecurity of food and livelihood.⁷⁹

⁷⁸ A propósito, citamos Ditmore e Wijers no artigo *The Negotiations on the UN Protocol on Trafficking in Persons* – publicado por NEMESIS 2003 nr. 4 . p. 82 – verbiis: “it is imperative to note that sex workers’ rights advocates acknowledge that sex work is hard work and that conditions in the sex industry vary from relatively good to extremely exploitative and abusive, the latter often facilitated by the exclusion of (migrant) sex workers from the rights and legal protection granted to others as citizens and workers.11 Consequently, they seek to correct these abuses by improving conditions and affording legal recognition to the sex industry, in contrast to the ‘abolitionists’ Who seek to make the sex industry more illegal than it currently is and to prosecute and punish men involved as clients or otherwise”

Disponível em: http://www.bayswan.org/traffick/NEMESIS_Ditmore.PDF (acesso em 10-08-2015)

⁷⁹ KEMPADOO Kamala, SANGHERA Jyoti e PATTANAIK Bandana - *Trafficking and Prostitution Reconsidered, Second Edition: New Perspectives on Migration, Sex Work, and Human Rights* – Ed. Paradigm Publishers – London – 2005. p. 8 – em livre tradução: “Um exame atento mostra que o recente impulso para o tráfico transfronteiriço, bem como contrabando ou outras formas clandestinas de recrutamento de trabalho, está ligado a desequilíbrios marcantes entre o aumento da oferta de trabalhadores não qualificados, candidatos a empregos indigentes por um lado, e da disponibilidade de trabalho legal e sustentável em lugares onde as pessoas que procuram emprego têm direitos legais para residência ou cidadania, por outro. Um estudo recente da Organização Internacional do Trabalho (OIT) apoia este ponto de vista e sustenta que 'o tráfico de trabalho não

De se concluir, portanto, que a prostituição não se confunde com o tráfico de pessoas, conquanto seja um, dentre outros fatores que podem contribuir para sua ocorrência. Por outro lado, é também possível verificar que o contexto de irregularidade do migrante – especialmente, mas não exclusivamente, as mulheres – coloca-o em situação de grande vulnerabilidade, tendente a produzir situações de exploração a partir da sua condição de ilegalidade no país de acolhimento. Tais circunstâncias parecem apontar para o ponto básico defendido na presente investigação, qual seja, a defesa de uma legislação migratória que possibilite, ou até mesmo facilite, a regularização da situação do migrante, retirando-o, assim, desta fronteira de vulnerabilidade exacerbada.

Segunda realidade fática que causa alguma perplexidade na definição do tráfico de pessoas, é a questão do contrabando de migrantes, figura criminal que, a exemplo da exploração sexual, guarda relação com tráfico sem, contudo, se confundir com ele. Segundo o UNODC o *“contrabando de migrantes é um crime que envolve a obtenção de benefício financeiro ou material pela entrada ilegal de uma pessoa num Estado no qual essa pessoa não seja natural ou residente”*⁸⁰. A mesma entidade ainda explica que a diferença fundamental entre o contrabando de migrantes e o tráfico de pessoas, se dá no consentimento e conhecimento da vítima, no caso do contrabando, e na irrelevância deste consentimento, na hipótese do tráfico, para concluir que as vítimas do tráfico são afetadas mais severamente e carecem de maior proteção.

Não há como se confundir as duas figuras delituosas, uma vez que o tráfico de pessoas se caracteriza pela coação do traficante sobre a vítima, enquanto o contrabando firma-se na mutualidade de interesses daquele que deseja encontrar uma porta de entrada para um novo país e os que aproveitam esta circunstância para auferir alguma vantagem pecuniária. Oportuna, ainda, a análise de Annie Gallagher, Conselheira do Alto Comissariado da ONU para Direitos Humanos (OHCHR), a propósito do contrabando, ao verificar que a relação que

deve, em teoria, ter lugar se o candidato a emprego tem a liberdade de circulação geográfica e liberdade de acesso ao emprego" (OIT, 2001, 53). Falta de direitos jurídicos à mobilidade e formas legalmente aceitas de subsistência obriga grupos marginais e vulneráveis a levar vidas subterrâneas, aumentando sua vulnerabilidade com uma herança de danos, tais como tráfico, servidão, trabalho e condições de vida análogos à escravidão, e HIV/AIDS. Este é o "nó por excelência" no nexo de vulnerabilidade em que predominam as vulnerabilidades de idade, gênero e status sócio-econômico forjam uma relação complexa com vulnerabilidades mais recentes, como a generalizada e sem precedentes insegurança de alimentos e meios de subsistência.”

⁸⁰ UNODC – Escritório de Ligação e Parceria no Brasil – Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-de-pessoas/index.html> (acesso em 11-08-2015). Observamos que o conceito normativo de contrabando de migrantes encontra-se no Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, já mencionado neste trabalho.

se dá entre contrabandista e migrante dura apenas até o momento de entrada deste no país escolhido e, a partir de então, esta relação se encerra, restando ao migrante viabilizar, sozinho, sua permanência no local⁸¹.

Ainda, assim, a mencionada conselheira, continua sua argumentação para concluir que o elo comum entre todas estas formas criminais tratadas pelos dois Protocolos adicionais da Convenção de Palermo, é mesmo a vulnerabilidade que a situação de ilegalidade gera para a pessoa do migrante. É sempre importante destacar que o criminoso não é o migrante, mas aquele que obtém lucro com a sua entrada ilegal no país de destino ou o explora das variadas formas previstas nos mencionados protocolos. Por isso, finaliza Gallagher:

The past few years have shown how easy it is to discuss trafficking, smuggling and the broader problem of irregular migration in a human rights vacuum. The failure of the two Protocols to include mandatory protections provides a strong indication that, for many governments, trafficking and smuggling are issues of crime and border control, not human rights. In countries of destination, people trying to move across their borders illegally are widely considered to be law-breakers, undeserving of compassion or support. Those who are tricked or coerced into moving and exploited upon arrival may be viewed more sympathetically but are nevertheless routinely prosecuted for minor offences and quickly deported.⁸²

É possível vislumbrar outras situações de vulnerabilidade dos migrantes não documentados ou irregulares, as quais podem ser deduzidas do conceito de tráfico de pessoas, nos termos do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, quais sejam, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, além da servidão, todos na linha da exploração de força de

⁸¹ GALLAGHER, Anne. Trafficking, smuggling and human rights: tricks and treaties. *Forced Migration Review*, n. 12, p. 25 – 28, 2002. Citamos o original: “Smuggled migrants are moved illegally for profit: they are partners, however unequal, in a commercial transaction. All going well, their relationship with the smuggler ends at the destination country and they may even manage to survive the ordeal with only financial damage.” Disponível em: <http://www.fmreview.org/FMRpdfs/FMR12/fmr12.9.pdf> (acesso em 11-08-2015)

⁸² GALLAGHER, Anne. Trafficking, smuggling and human rights: tricks and treaties. *Forced Migration Review*, n. 12, p. 28 — livre tradução: “Os últimos anos têm mostrado o quão fácil é discutir o tráfico, o contrabando e o problema mais amplo da migração irregular no vácuo dos direitos humanos. O fracasso dos dois protocolos para incluir proteções obrigatórias proporciona uma forte indicação de que, para muitos governos, tráfico e contrabando são questões de criminalidade e de controle das fronteiras, não de direitos humanos. Em países de destino, as pessoas que tentam se mover através das suas fronteiras ilegalmente são amplamente consideradas infratoras, não merecedoras de compaixão ou apoio. Aquelas que são enganadas ou coagidas a se moverem e são exploradas quando entram no país podem ser vistos com maior simpatia, no entanto, rotineiramente, são rapidamente processadas por delitos menores e deportadas”

trabalho⁸³ e a remoção forçada de órgãos, triste fenômeno de crescente incidência no mundo globalizado. Para um primeiro contato com este árduo tema do tráfico de órgãos, recomendamos a leitura de entrevista com Nancy Scheper-Hughes, diretora do Organs Watch e professora de antropologia da Universidade da Califórnia, Berkeley, publicada na Folha de São Paulo, 15-09-2014⁸⁴.

A pesquisa científica de Scheper-Hughes aponta vários aspectos da questão. Apenas à guisa de exemplo, destacamos um pequeno trecho de sua análise a seguir:

[...] incited new tastes and desires for the skin, bone, blood, organs, tissue and reproductive and genetic material of others. The spread of transplant capabilities into new areas has created a global scarcity of organs at the same time that the processes we call globalization have released an exodus of displaced persons and a voracious appetite for foreign bodies to do the shadow work of production and to provide 'fresh' organs for medical consumption. These ideal conditions have put into circulation mortally sick bodies traveling in one direction and 'healthy' organs (often encased in their living human packages) in another direction, creating a bizarre 'kula ring' of international body trade.⁸⁵

Vê-se, por toda linha de argumentação que buscamos desenvolver até aqui, que há uma centralidade no problema da não regularização da pessoa migrante, que faz nascer o contexto favorável para que se tornem vítimas da exploração de sua força de trabalho (quando não lhes custam a própria vida) seja qual for o ramo em que se aventure, desde as controversas atividades sexuais, até o auxílio em tarefas domésticas nas residências dos habitantes locais. O clímax dessa vulnerabilidade à exploração se dá na figura do tráfico de pessoas, conforme

⁸³ A propósito das definições mencionadas, ver: Aliança global contra trabalho forçado - Relatório Global do Seguimento da Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho 2005 – Disponível em: http://reporterbrasil.org.br/documentos/relatorio_global2005.pdf (acesso em 11-08-2015)

⁸⁴ Folha de São Paulo – ed. online Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/09/1509539-para-especialista-traffic-de-pessoas-para-obter-organos-e-crime-protegido.shtml> (acesso em 11-08-2015)

⁸⁵ SCHEPER-HUGHES, Nancy – Parts unknown: Undercover ethnography of the organs-trafficking – Revista Ethnography – livre tradução: “[...] incitados novos gostos e desejos para a pele, osso, sangue, órgãos, tecidos e material de reprodução e genética de outros. A disseminação das capacidades de transplante em novas áreas criou uma escassez global de órgãos, ao mesmo tempo que os processos que chamamos de globalização tem lançado um êxodo de pessoas deslocadas e um apetite voraz por corpos estranhos para fazer o sombrio trabalho de produção e de fornecimento de órgãos 'frescos' para condições ideais de consumo médico. Estas condições ideais têm posto em circulação corpos mortalmente doentes viajando em uma direção e órgãos 'saudáveis' (muitas vezes envoltos em seus pacotes humanos vivos) em outra direção, criando uma espécie de feira bizarra de comércio internacional de corpos.”

Disponível em: http://www.uky.edu/~tmute2/geography_methods/readingPDFs/scheper-hughes-PartsUnknown.pdf (acesso em 11-08-2015)

vimos em sua conceituação acima transcrita, que, ao cabo, funde-se com todas as formas de exploração aqui delineadas, cada uma delas espécie distorcida do fenômeno migração.

Nunca é demasiado frisar a gravidade desta lastimável realidade do tráfico de pessoas, na medida em que se consubstancia profunda agressão aos direitos humanos, em especial, pela sua tendência à perenidade com a continuidade da exploração do outro a partir de sua condição vulnerável no contexto migratório. Há no Brasil algumas iniciativas governamentais que buscam delinear o problema do tráfico de pessoas e da exploração no ambiente dos trabalhos forçados ou das práticas similares à escravidão que merecem referência, pois apontam exemplos concretos das relações entre as condutas criminosas ora examinadas e à situação dos imigrantes.

A propósito e a título exemplificativo, destacamos o trabalho, realizado pela Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo⁸⁶, que busca traçar um mapeamento sobre o tráfico de pessoas naquele estado. Interessante notar que, dentro das diretrizes da pesquisa, o leitor é noticiado sobre o arcabouço da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas⁸⁷, inspirada nas recentes normatizações oriundas da Convenção de Palermo, já mencionada no presente trabalho de pesquisa, bem como, na mesma linha, os projetos para erradicação do trabalho escravo⁸⁸. A partir da análise de procedimentos judiciais e extrajudiciais conduzidos pelo Ministério Público do Trabalho e pelo Ministério Público Federal, no âmbito do Estado de São Paulo, foram delineadas as ocorrências de tráfico de pessoas e trabalho escravo naquela região.

Os resultados revelam que muitas destas situações têm estreita relação que a situação de migrantes, especialmente oriundos da América do Sul e particularmente da Bolívia. Dado bastante expressivo desta pesquisa ora analisada é constatação de que, nos procedimentos instaurados pelo Ministério Público do Trabalho, o percentual de vítimas de exploração do

⁸⁶ Tráfico de Pessoas e Trabalho Escravo no Estado de São Paulo. Análise dos procedimentos judiciais e extrajudiciais do Ministério Público do Trabalho e Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.justica.sp.gov.br/StaticFiles/SJDC/ArquivosComuns/ProgramasProjetos/NETP/Pesquisa%20sobre%20Trabalho%20Escravo%20e%20Tr%C3%A1fico%20de%20Pessoas.%20Governo%20do%20Estado%20de%20S%C3%A3o%20Paulo.pdf> (acesso em 14-08-2015)

⁸⁷ Instituída pelos: Decreto nº 5.948, de 26 de outubro de 2006, com princípios, diretrizes e ações que devem guiar a política pública sobre o tema, em todas as esferas de governo. Decreto nº 6.347, de 8 de janeiro de 2008 (I Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (PNETP)). Decreto nº 7.901 de 4 de janeiro de 2013, que implementa o II PNETP com a instituição do Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (CONATRAP)

⁸⁸ Decreto nº 31, de julho de 2003 (I Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo) e criação da Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONTRAE) que, em 2008, realizou o primeiro plano e elaborou sua segunda versão.

trabalho escravo ou similar à escravidão, revela que 62% das vítimas é constituído por imigrantes internacionais, percentual expressivo quando comparado com as vítimas nacionais, 38%. O maior número de ocorrências se dá entre as vítimas bolivianas que superam, inclusive, sozinhas, as vítimas brasileiras. Os percentuais divulgados são 52% de bolivianos; 38% para brasileiros; 7% para Haitianos; 3% para paraguaios e 0.5% para os chilenos⁸⁹.

Destacamos, das conclusões do relatório, a percepção de que o ramo têxtil do Estado de São Paulo é o que mais absorve migrantes internacionais impondo condições de trabalho altamente desfavoráveis a ponto de configurar a exploração em nível similar à escravidão. As conclusões da pesquisa, neste particular, apontam que se trata de opção de trabalho somente aceita pelos migrantes em face da propalada vulnerabilidade de sua situação, uma vez que as condições degradantes não são capazes de captar o interesse dos brasileiros.⁹⁰ Assim, após concluir pela maior aptidão dos migrantes para submeterem-se às condições precárias e exploradoras dos empregos oferecidos, a pesquisa aponta que: *“a política pública para seu enfrentamento parece dever ser pensada em termos de acolhida adequada desses migrantes e incentivo a regularização e integração de seus negócios no Estado.”*⁹¹

Uma análise mais abrangente da mesma temática pode ser realizada a partir do Relatório Global do Seguimento da Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho – Uma Aliança Global Contra o Trabalho Forçado da Organização Internacional do Trabalho – Brasil que, em seu Capítulo 5, cuida da temática do Trabalho Forçado, migração e tráfico de pessoas⁹².

⁸⁹ KEMPADOO Kamala, SANGHERA Jyoti e PATTANAIAK Bandana - Trafficking and Prostitution Reconsidered, Second Edition: New Perspectives on Migration, Sex Work, and Human Rights – Ed. Paradigm Publishers – London – 2005. p. 55, Vide Gráfico 30

⁹⁰ KEMPADOO Kamala, SANGHERA Jyoti e PATTANAIAK Bandana - Trafficking and Prostitution Reconsidered, Second Edition: New Perspectives on Migration, Sex Work, and Human Rights – Ed. Paradigm Publishers – London – 2005. p. 71 – Citamos, in verbis: “Diferentemente de outros ramos de exploração, aqui foram identificadas vítimas saídas da Bolívia e do Paraguai. Ao que parece, as oficinas de costura oferecem oportunidades de trabalho em condições que não interessam aos brasileiros, justamente devido à precarização, o que abre espaço para esses migrantes, cujo objetivo central pode não ser o de criar raízes no país, mas sim gerar renda e enviar aos seus familiares, mesmo que para isso tenham que se sujeitar a abusos.”

⁹¹ KEMPADOO Kamala, SANGHERA Jyoti e PATTANAIAK Bandana - Trafficking and Prostitution Reconsidered, Second Edition: New Perspectives on Migration, Sex Work, and Human Rights – Ed. Paradigm Publishers – London – 2005. p. 71 – (a propósito deste tema, ainda indicamos a leitura do artigo: IMIGRANTES BOLIVIANOS NO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: análise do caso Zara a partir das RPGs – MERÇON, Marines. Revista do CEDS nº 2, vol. 1 – Disponível em: http://www.undb.edu.br/publicacoes/arquivos/revceds_n_2_imigrantes_bolivianos_e_trabalho_escravo_contemporaneo_caso_zara_marineis_mercon.pdf) (acesso em 14-08-2105)

⁹² OIT – Uma Análise Global contra o Trabalho Forçado – Disponível em: http://reporterbrasil.org.br/documentos/relatorio_global2005.pdf (acesso em 14-08-2015)

O mencionado Capítulo 5 do referido relatório apresenta um extenso estudo, realizado em diferentes países, sobre a questão da exploração do trabalho forçado e sua relação com a migração. Considerando países de origem como a Albânia, a República da Moldávia, a Romênia, o Tajiquistão e a Ucrânia e, os países de origem, dentre os quais se destacam, França, Alemanha, Hungria, Japão, Federação Russa e o Reino Unido, catalogou 300 casos de trabalho forçado abordando, entre as principais questões: o perfil das vítimas; sistemas de recrutamento; o uso de documentos de viagem, autorizações de trabalho, formas de coerção experimentadas pelas vítimas e saída da situação de trabalho forçado.

A pesquisa apontou como causa da exploração do migrante em trabalhos forçados, a falta de informações e dados sobre ofertas de emprego, a dependência de intermediários e o acesso restrito a canais legais de migração. Destacamos o seguinte aspecto relativo à questão dos trabalhos forçados envolvendo a pessoa migrante, colhido das conclusões do relatório em análise, e que tem perfeita consonância com a hipótese de investigação de nossa pesquisa:

[...] embora possa ser útil abrigar o trabalho forçado sob o guarda-chuva de leis e políticas antitráfico, a realidade é mais complexa. É comum migrantes entrarem nos países de destino por sua própria vontade, talvez com a ajuda de amigos ou de membros da família que ali já se encontram. Podem, entretanto, estar mais vulneráveis à exploração de trabalho forçado, sobretudo quando se encontram em situação irregular e vivem sob contínua ameaça de denúncia às autoridades e de eventual deportação. Assim, o trabalho forçado tem menos probabilidade de derivar diretamente de um processo de recrutamento abusivo e enganoso no país de origem do que de um processo de entrada clandestina num país. De fato muitas vezes é difícil distinguir, na prática, entre trabalhadores que caíram em trabalho forçado como resultado de tráfico e da imigração clandestina⁹³.

Para concluir o presente tópico faz-se necessário mencionar, ainda, estudo realizado pelo Ministério da Justiça em parceria com o UNODC⁹⁴. O trabalho tem relevância para a presente pesquisa, na medida em que busca determinar quantitativos de brasileiros que, de algum modo, tornaram-se vítimas de tráfico em suas mais diversas formas e para suas diferentes finalidades, em países receptores da emigração do Brasil.

⁹³ OIT – Uma Análise Global contra o Trabalho Forçado. p. 52 – Disponível em: http://reporterbrasil.org.br/documentos/relatorio_global2005.pdf (acesso em 14-08-2015)

⁹⁴ Relatório Nacional Sobre Tráfico de Pessoas: Consolidação dos Dados de 2005 a 2011. Nações Unidas – Escritório contra Drogas e Crimes. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/noticias/2013/04/2013-04-08_Publicacao_diagnostico_ETP.pdf (acesso em 14-08-2015)

O estudo aponta que, entre os anos de 2005 e 2011, foram identificados 475 brasileiros, homens e mulheres, vítimas do tráfico: 337 para fins de exploração sexual e 135, para fins de trabalho escravo, além de 03 cuja finalidade não pode ser identificada claramente, em um universo de 18 diferentes países, dentre os quais, a maior incidência foi o Suriname, com 133 vítimas, seguido de Suíça, com 127; Espanha, com 104 e Holanda, com 71 casos⁹⁵. É a outra face do tratamento inadequado ao migrante, fenômeno que atinge de maneira indiscriminada os atores humanos dos fluxos migratórios, revelando que por vezes, seremos, enquanto Estado Brasileiro, maus receptores e, na outra ponta, nossos concidadãos serão as vítimas de outros Estados, igualmente inaptos ao exercício adequado da hospitalidade migratória.

A vulnerabilidade do migrante em situação irregular parece ser, portanto, uma característica universal implementadora das condições para o tráfico de pessoas, em suas mais variadas formas de exploração. Tal constatação aponta, mais uma vez, para a demonstração da viabilidade da hipótese proposta na presente investigação, com o sentido de urgência da implementação de marco regulatório mais favorável à regularização da situação migratória, possibilitando, assim, no âmbito do nosso país, o modelo e exemplo para a esfera internacional, e quem sabe o constrangimento ao tratamento igualitário e à reciprocidade para os nossos emigrantes em outras nações.

1.2.3.2 Terrorismo e migração

Como mencionado no início deste ponto do estudo que trata da questão da segurança em matéria migratório, os eventos terroristas de 11 de setembro de 2001, geraram uma forte reação das nações afetadas, em especial os Estados Unidos da América, mas obviamente no contexto da Europa também, com relevantes reflexos sobre a própria noção de migração. No início do ano de 2015, o ataque à redação do jornal francês Charlie Hebdo, causou nova onda de endurecimento no tratamento da questão migratória na França, seguindo o mesmo padrão da prévia ocorrência terrorista americana.

No caso dos Estados Unidos foi evidente a reação aos mencionados ataques terroristas, com a elaboração de política restritiva e de rigoroso controle da imigração para o país, ainda sob o comando do Presidente George W. Bush.

⁹⁵ Relatório Nacional Sobre Tráfico de Pessoas: Consolidação dos Dados de 2005 a 2011. Nações Unidas – Escritório contra Drogas e Crimes. p. 32 Disponível em: http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/noticias/2013/04/2013-04-08_Publicacao_diagnostico_ETP.pdf (acesso em 14-08-2015).

John Tirman, do *Center for International Studies*, do *Massachusetts Institute of Technology – MIT*, em artigo publicado no 2006⁹⁶, analisando as consequências que os ataques do 11 de Setembro geraram sobre a política migratória norte-americana, explica que, de fato, houve uma percepção mudança do enfoque com um exagerado alarme sobre a segurança das fronteiras americanas. Segundo o autor, o foco imediato deu-se sobre os imigrantes árabes e muçulmanos, porém, o problema do tratamento repressivo também passou a afetar outras comunidades, nitidamente os Latinos, com ênfase na situação dos Mexicanos.

A mudança na abordagem migratória, que se move de questões de ordem social, previdenciária ou de emprego para a órbita da segurança é assim descrita pelo citado articulista, que destaca, inclusive o implemento de novo contexto legal formulado pelo Congresso Americano:

Migration has long had security implications, but mostly linked to “social” security—jobs, welfare, etc. Today it is the threat of terrorism that frames debate. The fear—thus far, unfounded—that al Qaeda will sneak across the “unguarded” 2,000-mile border accounts for the urgency. In fact, the House bill is called the Border Protection, Antiterrorism, and Illegal Immigration Control Act of 2005.⁹⁷

A conclusão, não obstante, a que chega o autor, é no sentido de que se trata de abordagem exagerada que, tão somente, serviu para elevar o nível de intimidação e agressão a direitos fundamentais dos imigrantes, em especial a comunidade de Latinos. Ao final de seu artigo, argumenta, na mesma linha de intelecção que vem sendo defendida no presente trabalho, que o tratamento criminal aos imigrantes não autorizados, ou irregulares, não traz benefícios reais e não melhora a segurança do país contra atos terroristas, até porque atentados deste tipo não estão necessariamente vinculados à imigração irregular, ou não autorizada, mas, comumente, estão mais relacionados com pessoas portadoras de autorizações de entrada, sejam vistos de turismo ou estudo, ou mesmo permissão temporária de trabalho.

⁹⁶ TIRMAN, John. “Immigration and Insecurity: Post-9/11 Fear in the United States.” MIT Center for International Studies Audit of the Conventional Wisdom, 06-09 (June 2006) – disponível em: http://web.mit.edu/cis/pdf/Audit_Tirman_Immigration_6.06.pdf - acesso em 14-10-2015.

⁹⁷ TIRMAN, John. “Immigration and Insecurity: Post-9/11 Fear in the United States.” MIT Center for International Studies Audit of the Conventional Wisdom, 06-09 (June 2006), p.2 – tradução livre: “Há muito tempo que migração tem implicações de segurança, mas principalmente ligadas à segurança-empregos “sociais”, bem-estar, etc. Hoje, contudo, é a ameaça do terrorismo que emoldura debate. O medo, até agora infundado, de que a Al Qaeda venha a esgueirar-se através do “subterrâneo” das 2.000 milhas de fronteira explica a urgência. Na verdade, o projeto da Câmara é chamado de Proteção de Fronteiras, Antiterrorismo e Ilegal Lei de Controle de Imigração de 2005”. Disponível em: http://web.mit.edu/cis/pdf/Audit_Tirman_Immigration_6.06.pdf - acesso em 14-10-2015

Esta, aliás, é a exata abordagem de Daniel Griswold⁹⁸ ao comentar o papel positivo dos imigrantes sobre a economia, sociedade e cultura americana, enfatizando que o fenômeno migratório sempre foi um marco daquela nação. Relativamente à questão terrorista o articulista argumenta que o problema das ações terroristas não se relaciona à imigração irregular, mas, ao contrário, está vinculado aos vistos concedidos para turismo ou estudo.

De fato, pode-se vislumbrar, também no ambiente Europeu, preocupações similares interrelacionadas com a própria existência de seu bloco regional, que se vincula a uma crescente discussão acerca do significado dos fluxos migratórios, com uma nítida tendência ao tratamento da questão sob a ótica da segurança. A propósito, o estudo de Jef Huysman que examina a questão para descrever um processo institucional e político, no âmbito do bloco europeu, que constrói a passagem das conotações de segurança associadas ao terrorismo e outros crimes, para as políticas migratórias.

Assim, um dos interesses do referido estudioso é a tentativa de compreensão do processo que levou as migrações a se transformarem em assunto de segurança na Europa. Para o autor, houve uma perspectiva de que seria necessário conectar a questão do controle das fronteiras do bloco ao tema da expansão do mercado interno e da garantia da estabilidade econômica e o consequente bem-estar social de seus habitantes nativos.

Destacamos o seguinte excerto do mencionado artigo:

To make the issues of border control a security question, however, the internal market had to be connected to an internal security problematique. A key element in this process was the identification of a particular side-effect of the creation of the internal market. One expected that the market would not only improve free movement of law-abiding agents, but would also facilitate illegal and criminal activities by terrorists, international criminal organizations, asylum-seekers and immigrants. The institutionalization of police and customs co-operation, and the discourses articulating this particular side-effect, produced a security continuum connecting border control, terrorism, international crime and migration.⁹⁹

⁹⁸ GRISWOLD, Daniel - Immigrants have enriched American culture and enhanced our influence in the world – Cato Institute. Disponível em: <http://www.cato.org/publications/commentary/immigrants-have-enriched-american-culture-enhanced-our-influence-world> - acesso em 14-10-2015

⁹⁹ HUYSMANS, Jef – The European Union and the Securitization of Migration – Journal of Common Market Studies – Vol. 38, No. 5 pp. 760 – disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1468-5965.00263/pdf> - acesso em 13-10-2015 - em livre tradução: “Para fazer com que o controle de fronteiras se torne uma questão de segurança o mercado interno teve que ser conectado a uma problemática de segurança. Um elemento chave neste processo foi a identificação de um efeito colateral particular da criação do mercado interno. Uma expectativa de que o mercado não só iria melhorar a livre circulação de agentes cumpridores da lei, mas também facilitaria atividades ilegais e criminosas por terroristas, organizações criminosas internacionais, requerentes de asilo e imigrantes. A institucionalização da polícia e cooperação aduaneira e de discursos que

A conclusão do pesquisador ora analisado, neste seu artigo produzido no final do ano de 2000, já apontava para o enorme risco de que este tipo de política de deliberada confusão entre as questões migratórias e os problemas de segurança, em especial, a questão do terrorismo, no âmbito da consolidação do sistema regional europeu, teria como consequência o incremento das posições xenofóbicas que nutririam um olhar desconfiado da sociedade europeia para com os imigrantes, vinculando-os facilmente aos problemas de criminalidade, instabilidade social doméstica, fraudes e crimes transnacionais. Obviamente, todo este arcabouço de concepções preconceituosas dificultaria enormemente, na percepção de Huysmans, a inclusão dos imigrantes na comunidade europeia.

Nesta mesma linha de intelecção, destacamos relevante pesquisa de conclusão de doutorado de Guilherme Mansur Dias, defendida no ano de 2014, na Universidade de Campinas.¹⁰⁰

Em seu capítulo sobre a questão da inclinação das políticas de segurança para a vinculação entre questões migratórias e o crime, o referido autor argumenta que a junção das duas temáticas – crime e mobilidade internacional – ganha contornos de centralidade na negociação internacional capitaneada pela ONU para elaboração da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – já mencionada no presente trabalho, conhecida como a Convenção de Palermo e seus protocolos adicionais sobre o tráfico de pessoas – levando, inclusive, no entendimento do pesquisador, à escolha de uma estrutura criminal para o tratamento das questões relacionadas à mobilidade humana.¹⁰¹

Continuando o exame do trabalho de Dias Mansur, é interessante destacar que, após minucioso exame dos “*Tavaux Préparatoires*”¹⁰² da Convenção de Palermo, o pesquisador conclui pela existência de um patente desequilíbrio entres as discussões de medidas de proteção e assistência às vítimas de tráfico de pessoas e aquelas destinadas ao estabelecimento de mecanismos de cooperação entre as autoridades estatais para perseguição e punição aos

articulam este efeito colateral particular, produziu um *continuum* de segurança conectando controle das fronteiras, terrorismo, crime internacional e migração.”

¹⁰⁰ DIAS, Guilherme Mansur – Migração e Crime: desconstrução das políticas de segurança e tráfico de pessoas – Campinas, SP – 2014

¹⁰¹ DIAS, Guilherme Mansur – Migração e Crime: desconstrução das políticas de segurança e tráfico de pessoas – Campinas, SP – 2014. p.45

¹⁰² Atas que reúnem as colocações e proposições das delegações e representantes que participam de um Convenção Internacional – analisadas na pesquisa de Dias Mansur, com detalhes, entre as páginas 45 a 70.

criminosos com evidente delineação da prioridade, ou seja, a repressão, em detrimento da assistência as vítimas.¹⁰³

Destaco as conclusões do autor, pertinentes à presente abordagem:

Se a questão do crime organizado transnacional preocupava – como continua a preocupar – uma série de atores envolvidos em discussões sérias e necessárias sobre o assunto, sua vinculação à questão da mobilidade humana não deve ser desconectada de preocupações e contextos regionais específicos. Máfia, crime organizado e corrupção são assuntos graves, que impactam diferentes paragens e que precisam ser debatidos de maneira qualificada. Já o transbordamento de uma linguagem criminal em direção a assuntos afetos à mobilidade humana – e o decorrente tratamento da temática migratória em termos de segurança – longe de jogar luz a essas discussões, parecem servir a interesses de Estados e instituições preocupados em restringir o deslocamento e mobilidade de determinados grupos e indivíduos. Deste modo, o que a vinculação entre migração e segurança acaba fazendo é, ao contrário, desviar o foco de assuntos mais sérios relacionados tanto à questão do crime organizado quanto à questão mais abrangente da segurança internacional...¹⁰⁴

Em conclusão, podemos afirmar que as abordagens americana e europeia se repetem numa perspectiva global – temor compreensível ante a presença de organizações ultra-extremistas como o denominado Estado Islâmico, contudo, ainda assim, infundado para a esmagadora maioria dos casos de imigração.

O que se vê na análise da questão migratória é uma crescente vinculação do fenômeno com o terrorismo, relação esta que, repetimos, nos parece muitas vezes tratada de forma exacerbada. Há um reforço bastante acentuado, no âmbito dos Estados tradicionalmente receptores, de uma visão que vincula o terrorismo com os fluxos internacionais de pessoas, com a consequente transferência do tratamento da questão migratória para o ambiente da segurança, em detrimento de uma abordagem do fenômeno sem a ênfase criminal.

Ainda penso que continua sendo necessária uma compreensão mais profunda do problema migratório mundial, com a separação e diferenciação das questões relativas ao fluxo da migração e o tratamento dado ao risco do terrorismo, para a segurança do país receptor.

¹⁰³ DIAS, Guilherme Mansur – Migração e Crime: desconstrução das políticas de segurança e tráfico de pessoas – Campinas, SP – 2014. p.55

¹⁰⁴ DIAS, Guilherme Mansur – Migração e Crime: desconstrução das políticas de segurança e tráfico de pessoas – Campinas, SP – 2014 p. 68/69

Até o presente momento foram apresentados dois elementos contrapostos e necessários à formação inicial das bases do raciocínio do presente trabalho, a saber: a concepção de Direitos Humanos como referencial para o tratamento dos imigrantes, por um lado e, de outra banda, foram levantados os principais desafios à observância destes direitos, em matéria migratória, sob ótica da segurança internacional, com destaque para os problemas do emprego e da previdência; da insegurança ambiental e da criminalidade internacional, especificamente o tráfico de pessoas e condutas a ele relacionadas e o terrorismo.

No próximo capítulo pretendemos relacionar tais ideias e concepções, vinculando-as à percepção de que se faz necessário enfrentar o problema a partir de uma perspectiva global. Por isso, a análise se propõe ao estudo conceitual do fenômeno da globalização; do Direito Administrativo Global e da ideia de Governança, bem como, ao exame da noção de Complexidade e Internacionalização do Direito e suas possíveis conexões com o Direito Administrativo Global. Ao final do Capítulo, propomos uma exemplificação prática da aplicação dos princípios ligados aos conceitos apresentados, no bojo do anteprojeto da nova legislação migratória.

CAPÍTULO 2

O DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL E A GOVERNANÇA DO PROBLEMA MIGRATÓRIO

O presente capítulo tem como objetivo a apresentação de uma reflexão teórica das relações possíveis entre o Direito Administrativo Global e a questão da governança do atual sistema migratório brasileiro em corrente fase de inovação legislativa. Propõe-se, a partir de paradigma teórico e exame da norma institucional, à verificação da influência do Direito Administrativo Global sobre a formação normativa, especificamente, o Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil e a Convenção Internacional sobre a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias, como também, na efetiva implementação das relações entre Estado e migrante, especialmente, sob a ótica da implementação possível do imperativo dos direitos humanos.

Defende-se, portanto, que a partir de uma análise convergente dos conceitos e das práticas, já passíveis de verificação no âmbito internacional, do Direito Administrativo Global, e da proteção legislativa interna sobre a temática migratória, seja possível delimitar uma real utilidade do uso dos parâmetros, práticas e conceitos desta moderna abordagem da questão administrativa internacional, para a formação de um paradigma viável nas relações entre os Estados e, destes, com os imigrantes recíprocos. Tudo isto considerando o referencial da existência de uma identidade supranacional inerente ao ser humano, que sugere a necessidade de uma atuação estatal positiva, tendente à outorga de um leque fundamental mínimo de direitos garantidores da dignidade humana.

Serve-se, para tanto, de uma análise preliminar do conceito técnico proposto para a definição possível de Direito Administrativo Global e as características desta metodologia de investigação do direito administrativo supranacional. A partir de uma explanação teórica sobre a existência e pertinência desta modalidade globalizada de exame das questões administrativas, e sua relação com o arcabouço normativo pertinente à questão migratória, nos diversos âmbitos, interno, regional e global. Nessa medida, o presente argumento tem como ponto de partida a busca de uma conceituação do Direito Administrativo Global, a partir do exame do fenômeno da globalização, para, em seguida, fazer uma análise do sistema

normativo para a regulação da situação migratória, em elaboração no Brasil, sustentando a necessidade de que referida norma reguladora seja permeada pelos princípios universais, portanto globais, relativos aos direitos humanos, caminhando na direção de uma fundamentação que favoreça a perspectiva de que é desejável, e mesmo possível, uma atuação estatal voltada à normatização e reconhecimento de direitos mínimos ao estrangeiro, ainda que se encontre em situação de irregularidade no território acolhedor.

A hipótese aqui apresentada busca amparo no exame dos fundamentos teóricos doutrinários e na averiguação da legislação de regência do tema, o método utilizado é o da pesquisa documental.

2.1 Esboço conceitual: Globalização, Direito Administrativo Global e Governança

Já afirmamos anteriormente que é oportuno delimitar o significado que se busca emprestar aos termos utilizados para fins de compreensão da amplitude com que são empregados na especificidade do estudo. Por esta razão, buscaremos apresentar uma elaboração conceitual de três elementos argumentativos utilizados no presente capítulo, a saber: a Globalização, o Direito Administrativo Global e a Governança.

A concepção teórica do Direito Administrativo Global passa, necessariamente, pelo reconhecimento do fenômeno multidisciplinar da globalização. É a partir do desenvolvimento de referido fenômeno social internacional que se dá o ambiente adequado ao surgimento deste novo paradigma metodológico de exame do Direito Administrativo em âmbito global.

a) Globalização

Não é objetivo deste trabalho apresentar todas as discussões teóricas sobre a globalização. Tão somente nos referimos ao fenômeno para concluir pela sua efetiva existência, reconhecendo as transformações sociais, políticas, tecnológicas e econômicas que, ocorridas no panorama internacional, especialmente nas duas últimas décadas do século passado, lhe deram gênese.

Assim, socorremo-nos inicialmente da lição de Heilmann que, fazendo expressa referência de que se trata de definição utilizada por diversos autores, utiliza-se do termo globalização como sendo “*o conjunto de transformações econômicas, tecnológicas, políticas e sociológicas que afetaram as sociedades, as culturas mundiais e os Estados nacionais ao final do segundo milênio*”¹⁰⁵

Não queremos, por outro lado, simplificar demais aquilo que, certamente, se trata de um fenômeno amplo, não restrito, apenas, aos aspectos financeiro e econômico globais. A globalização não é um estado de coisas acabado, mas um grande processo de incertezas e ambivalência com profundas projeções sobre os mais diversos aspectos da vida e da sociedade. Este fenômeno sócio-político-econômico tende a romper paradigmas tradicionais das relações e das práticas sociais e, na percepção de Jose Maria Gómez, tende, também, a multiplicar de maneira simultânea e superposta: “ [...] *fenômenos de homogeneização, localismo, desterritorialização, renacionalização e fragmentação das identidades coletivas, o que as torna multifacetadas, fluidas, ambíguas e em profundo processo de transformação*”¹⁰⁶

Por conseguinte, na visão do mencionado autor:

A globalização não deve ser equacionada exclusivamente como um fenômeno econômico ou como um processo único, mas como uma mistura complexa de processos frequentemente contraditórios, produtores de conflitos e de novas formas de estratificação e poder, que interpela fortemente subjetividades e tradições, exigindo maior reflexividade na ação diante do incremento da complexidade e da incerteza, e que diz respeito não apenas à criação de sistemas em grande escala, mas também às mudanças nos contextos locais e até mesmo pessoais de experiência social.¹⁰⁷

Evidencia-se, nesse complexo processo de interação dos mais variados níveis de relações entre estados, empresas e pessoas, a necessidade de uma condução normativa de índole supranacional que possa equacionar de maneira mínima negócios e conflitos oriundos dessa realidade plural.

¹⁰⁵ HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. Globalização e o Novo Direito Administrativo. Curitiba. Juruá Editora. 2010, p.31

¹⁰⁶ GÓMEZ, Jose Maria. Política e Democracia em Tempos de Globalização. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO; Rio de Janeiro: LPP. 2000. p. 67

¹⁰⁷ GÓMEZ, Jose Maria. Política e Democracia em Tempos de Globalização. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO; Rio de Janeiro: LPP. 2000. p. 59

Um dos aspectos mais marcantes do fenômeno da globalização configura-se na reflexão acerca da descontinuidade ou, no mínimo, da modificação da ideia central do Estado Soberano, a partir de sua extensão territorial, como elemento concretizador das noções tradicionais de direito à cidadania. Vale dizer, com a globalização vê-se, cada vez mais, um necessário implemento de direitos e garantias de índole universal, situação que bem se adéqua às teses defendidas no presente trabalho, que reconhecem na dignidade da pessoa humana e nos direitos inerentes ao ser humano, o pilar fundamental das relações entre Estado e pessoa, no contexto migratório.

Não nos parece adequado afirmar o fim do conceito de soberania relativamente aos Estados-Nação, porém, há elementos que indicam a necessidade real de reexame da questão, para adequação à realidade globalizada que o final do Século XX e o avassalador início deste Século XXI apresenta desde os seus primeiros momentos.

Sem a pretensão de aprofundar o exame e alongar a exposição das questões de âmbito interno relativamente à noção de soberania do Estado, é possível apontar resumidamente aspectos históricos representativos da progressão da ideia de soberania, tais como, o processo de encerramento do absolutismo monárquico e a evolução que a ruptura sistêmica da Revolução Francesa e a correlata experiência norte-americana trouxeram à organização política e social, com a introdução dos ideais de Montesquieu e sua clássica separação de poderes e sistemas de freios e contrapesos da atuação do poder estatal, cuja consequência, em última instância, é a concepção do Estado Democrático que, por essência, afeta a noção de soberania, o poder do Estado passa a ser, assim, limitado pela liberdade do indivíduo, por meio de um sistema constitucional cada vez mais complexo na definição de garantias ao cidadão, em face dos abusos da estrutura estatal.

Oportuna a lição de Sahid Maluf, quando explicita, a propósito da Democracia:

O fim do Estado não consiste simplesmente em realizar a democracia. O Estado tem um fim imediato, que é o de manter a ordem sócio-ético-jurídica: e também um fim mediato, que é o de estabelecer para todos, indistintamente, condições propícias tendentes à realização dos imperativos naturais da pessoa humana. A grande vocação do Estado, como afirmou Angelo Brucceirelli, é servir à pessoa humana. O Estado não visa a realizar a democracia apenas para ser democrático, assim como o indivíduo não pode pretender a liberdade apenas para ser livre. A democracia para o Estado, assim como a liberdade para o indivíduo, é um meio e não um fim.

Procuram, o Estado e o homem, atingir os seus fins pelo caminho do ideal democrático.¹⁰⁸

Ou seja, em síntese, a própria idealização democrática acarreta a necessidade de modificação das percepções de soberania ao longo da história. Assim, quanto mais assume a forma democrática, mais o Estado de Direito passa a ter o objetivo de promoção de valores fundamentais, como a igualdade e a liberdade – herança da Revolução Francesa – o que implica diminuição e readequação de poder interno, em face de seus cidadãos. Nessa medida: *“não lhe basta limitação ou a promoção da atuação estatal, mas referenda a pretensa transformação do status quo. A lei aparece como instrumento de transformação da sociedade [...] O fim a que pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais”*¹⁰⁹

O processo histórico inevitável evolui, a partir da consolidação das democracias internas, para a cena internacional. Com o avanço da interdependência econômico-financeira trazida por avanço do comércio nunca antes visto e transformação do mundo na chamada aldeia global, a noção de soberania do Estado-nação passa por transformações sem precedentes, situação bastante acentuada formação dos blocos regionais, com destaque para União Europeia. Além destes aspectos de índole econômica, também se evidencia cada vez mais a preocupação da comunidade internacional com as perspectivas concernentes aos direitos humanos, à preservação do meio ambiente e à promoção da segurança, face à crescente ameaça do terrorismo e da intolerância.

Nesta linha de intelecção, percebe-se que a nova ordem internacional impõe a necessidade de uma nova forma de pensar o contexto das relações internacionais, a partir de um pensamento estratégico e global, em que o Estado não se apegue em demasia a uma soberania própria ou particular, admitindo como imperativa a noção de interdependência entre nações. A propósito, citamos Streck e Bolzan:

No plano internacional, em especial, observa-se fenômeno semelhante relacionado ao caráter de independência dos Estados soberanos, como capacidade de autodeterminação. A interdependência que se estabelece contemporaneamente entre os Estados aponta para um cada vez maior

¹⁰⁸ MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. 30. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 300

¹⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 100

atrelamento entre as ideias de soberania e de cooperação jurídica, econômica e social, o que afeta drasticamente a pretensão à autonomia.¹¹⁰

Nessa medida, estes autores defendem que em nível de relações externas caminha-se para o esmaecimento ou transformação do caráter soberano do Estado e parece existir, atualmente, a construção de uma ordem de compromissos e não de soberanias, ainda que se admita que aqueles decorrem destas.¹¹¹

A globalização, nessa linha de entendimento, constitui um processo de internacionalização de regras de convivência ou interferência política entre países, impulsionado por fatores da produção e da circulação do capital em âmbito internacional, movidos pela força propulsora da revolução tecnológica e, assim, produz reflexos no conceito de soberania, na medida em que acaba por atingir de maneira desigual, na proporção da riqueza e poder ou desenvolvimento social e tecnológico cada país.¹¹²

Neste aspecto, a globalização propõe um fundamental fator de diminuição do critério territorial em direção a uma universalização, não apenas de mercados e de finanças, mas também de direitos e garantias, de acesso e liberdades. Busca-se, portanto, a construção de um projeto de

[...] democracia cosmopolita, sustentado tanto nas garantias institucionais e normativas que assegurem representação e participação de caráter regional e global, quanto em ações deliberativas e em rede que expandam e adensem uma esfera pública sobre as mais variadas questões relevantes (direitos humanos, paz, justiça distributiva, gênero, biosfera, saúde, etc.)¹¹³

Neste contexto, mais uma vez, Gómez, após discorrer sobre os riscos de uma exagerada simplificação do conceito, a partir de uma imprecisão ou de uma redução de seu conteúdo, propõe pensarmos em globalização nos seguintes termos:

Em primeiro lugar, implica uma mudança histórica fundamental na escala das organizações econômicas e sociais contemporâneas. Em segundo lugar, que ela não se constitui em condição singular, mas em processo

¹¹⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p 140

¹¹¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p 142

¹¹² MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 30. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 43/44

¹¹³ GÓMEZ, Jose Maria. *Política e Democracia em Tempos de Globalização*. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO; Rio de Janeiro: LPP. 2000. p. 135

multidimensional em que o crescimento dos padrões de interconexão global alcança todos os domínios institucionais-chave da vida social moderna (econômico, cultural, tecnológico, político, legal, ambiental e social), embora cada um deles conheça escala, intensidade, dinâmica e impactos diferentes. Por último, a globalização envolve, necessariamente, organização e exercício de poder social em escala transnacional e intercontinental ¹¹⁴

b) Direito Administrativo Global

É a partir desta globalização, por sua vez, que se pode verificar a criação de um ambiente adequado à formação de um novo mecanismo metodológico de tratamento das questões vinculadas ao Direito e à Administração. Esta abordagem metodológica é que designa o Direito Administrativo Global.

Elemento dificultador da elaboração de uma definição de Direito Administrativo Global, ainda se faz presente, na medida em que se trata de matéria de recente observação. Portanto, ainda está em construção toda uma reflexão teórica sobre esta temática. Contudo, já é possível destacar algumas das principais características desta nova, porém inegável, concepção das relações internacionais e, também, da gestão dos recursos e dos problemas sob esta nova perspectiva global administrativa.

Para tanto, nos socorremos das lições de Heilmann¹¹⁵, que aborda a doutrina de Richard Stewart, Benedict Kingsbury e Nico Krisch¹¹⁶, cujos trabalhos buscam estabelecer uma definição que diferencie o Direito Administrativo Global das noções tradicionais de Direito Internacional e Direito Administrativo Doméstico.

Segundo os mencionados estudiosos do tema, há um ambiente de adequação que possui características próprias e pode ser designado como *espaço administrativo global*. Tais características são assim resumidas: a) o declínio da estrita dicotomia entre o direito interno e o internacional; b) realização de funções administrativas a partir de diversas interações complexas entre representantes dos governos e instituições não governamentais de diferentes níveis e modelos e c) preocupação com a criação de mecanismos de controle – designada referencialmente como *accountability* – capaz de aferir a legitimidade destas interações entre

¹¹⁴ GÓMEZ, Jose Maria – Globalização, Estado-Nação e Cidadania – CONTEXTO INTERNACIONAL – Rio de Janeiro, vol. 20, nº 1, janeiro/junho 98, pp. 7-89 (p.47) - Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/10640_Cached.pdf – acesso em 03-11-2015

¹¹⁵ HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. Globalização e o Novo Direito Administrativo. Curitiba. Juruá Editora. 2010. p. 172 e ss.

¹¹⁶ NICO KRISCH, BENEDICT KINGSBURY. Introdução: governança global e direito administrativo global na ordem legal internacional - RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 261, p. 13-32, set./dez. 2012

o público e o privado; o governamental e o não governamental ou o direito interno e o internacional.

Em resumo, identificam um fenômeno de governo global, a partir de mecanismos de regulação que se dão nos diversos espaços nacionais, transnacionais e internacionais, de forma a gerar uma atividade reguladora transgovernamental. Tem-se, nesta perspectiva, o acolhimento internacional de variados padrões regulatórios que, na medida em que acatados por diversos países, criam o ambiente propício para a formação de uma dimensão global da atuação administrativa.

Ao conjunto de fatores descritos acima, os autores ora examinados denominam de *espaço administrativo global*, que seria composto por:

1) *organizações internacionais formais* – v.g.: Conselho de Segurança da ONU ou a ACNUR – estabelecidas por tratados internacionais ou acordos executivos;

2) *redes transnacionais e acordos de coordenação* – v. g.: Comitê de Supervisão Bancária de Basileia, ou Comitê de Basileia, que reúne Chefes de Bancos Centrais, independentemente dos marcos jurídicos determinados pelo Direito dos Tratados, para cuidarem de questões específicas do Sistema Financeiro/bancário transnacional – frutos da cooperação informal e horizontal entre agentes e instituições regulatórias domésticas;

3) da *administração distribuída ou dispersa* – v.g.: Agências Regulatórias – se relaciona à interface entre agências reguladoras de diferentes Estados nacionais cujas decisões suscitam efeitos extraterritoriais;

4) da *administração privado-intergovernamental* – v.g.: a Comissão do *Codex Alimentarius*, vinculada à OMS (Organização Mundial de Saúde) da ONU, ou, no campo privado, a Corporação para a Atribuição de Nomes e Números na Internet (no inglês ICANN – *Internet Cooperation for Assigned Names and Numbers*) – relativa a ambientes regulatórios nos quais o processo decisório resulta de ampla interação de atores privados e não governamentais com agentes estatais; e

5) de *entendidas internacionais privadas* – v. g.: a Organização Internacional para a Padronização (ISO, no inglês, para *International Organization for Standardization*) – que possuem caráter regulatório de ampla repercussão transnacional e público-privada.

Para referidos autores, então:

O direito administrativo global propõe uma aproximação dessas práticas dispersas, entendendo-as como parte de um todo, crescendo na busca de tipos de mecanismos de direito administrativo para realizar uma regulação global de governança responsável e para investigar, dentro dos desafios, este conjunto de questões que se apresentam tanto para o direito administrativo interno quanto para o direito internacional.¹¹⁷

Desta concepção de espaço administrativo global, é possível extrair as linhas básicas da doutrina norte-americana do Direito Administrativo Global (designado a partir de agora DAG), quais sejam: a) a emergência mensurável de mecanismos de DAG que visam desenvolver uma maior responsabilidade na tomada de decisões e; b) o estudo descritivo de tais mecanismos reguladores globais.

Os exemplos concretos e demarcadores da efetiva ocorrência desse novo sistema de exame da questão regulatória nas relações internacionais, podem ser colhidos em distintas e exponenciais áreas da vida econômica ou social, onde é possível verificar o tipo de regulação característica do DAG. São elas: a) segurança internacional; b) condições de desenvolvimento e ajuda financeira aos países subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento; c) proteção ambiental; d) atividades bancárias e regulação financeira; e) aplicação da lei no espaço nacional ou do direito administrativo doméstico; f) telecomunicações, comércio, produtos e serviços; g) propriedade intelectual; h) padrões trabalhistas; e, por derradeiro, a temática mais próxima da abordagem proposta no presente trabalho de pesquisa, i) movimentos transfronteiriços de populações, incluindo-se os refugiados.

A dimensão regulatória para as áreas acima mencionadas, cada vez mais, escapa do âmbito meramente interno de cada país, ou do espaço doméstico do Estado nacional, para ganhar um *status* de normatização acolhida no domínio internacional, sendo reconhecidas como *regulação transnacional*. O que determina o potencial globalizante dessa regulação, em larga medida, é sua origem, ou seja, que tipo de organismo ou instituição que atua para criação da normatização, que normalmente se dá em relevante contexto intersubjetivo, com sujeitos de várias naturezas distintas, porém, interligadas, a saber, indivíduos representantes de empresas

¹¹⁷ NICO KRISCH, BENEDICT KINGSBURY. Introdução: governança global e direito administrativo global na ordem legal internacional - RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 261, p. 16, set./dez. 2012.

multinacionais; Estados e seus agentes públicos e organizações não governamentais com interesses globais ou regionalizados.

Falamos, neste ponto, dos novos sujeitos do Direito Administrativo Internacional. Para além das instituições públicas tradicionalmente reconhecidas como fontes reguladoras das relações jurídicas, despontam entidades de caráter híbrido, ou meramente privado, que também acabam por determinar padronização regulatória de âmbito global. Conforme já descrevemos acima, exemplificamos com entidades de envergadura global, chamadas organizações internacionais mundiais (OIM), como a Organização Mundial do Comércio (OMC); a Agência Mundial Antidoping (WADA) ou o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (FMI).

Há referências doutrinárias, também, às chamadas redes informais de autoridades, cujo exemplo trazido é o Comitê de Supervisão Bancária da Basileia, cuja atuação tem por característica a cooperação entre entidades de aparatos diferenciados, mas não a estrutura fechada da organização jurídica dos Estados soberanos, regendo-se por deliberações de outros organismos internacionais.

Da atuação destas diversas instâncias econômicas e sociais internacionais, é possível delimitar-se cinco fontes de DAG, segundo leciona Heilmann¹¹⁸: 1) Administração formada por organizações internacionais formais (mediante tratados-base dos organismos internacionais); 2) As redes intergovernamentais informais de funcionários da regulação doméstica oficial; 3) As autoridades domésticas que executam no âmbito interno dos governos a regulação global do regime dos tratados, dos acordos de reconhecimento mútuo ou estândares cooperativos; 4) A Administração por via de acordos intergovernamentais emanados dos novos atores dos regimes transnacionais híbridos (público-privado); 5) A Administração de instituições privadas com funções reguladoras (os atores puramente privados).

O que temos, por conseguinte, para a construção de uma conceituação do DAG, é a percepção dos estudiosos da área de que a realidade das relações, quer entre pessoas, quer entre instituições, no contexto internacional, atingiu tal grau de integração e complexidade e tal amplitude de trocas e intercâmbios a partir do fenômeno da globalização, que já não é possível responder a todas as demandas associadas a esta realidade, sem que se conceba uma

¹¹⁸ HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. Globalização e o Novo Direito Administrativo. Curitiba. Juruá Editora. 2010. p. 173.

nova e amplificada perspectiva de exame e normatização destas relações jurídicas internacionais. Nessa medida, a observação empírica aponta para a formação de um ambiente regulatório que extrapola as concepções tradicionais de Direito Administrativo e do Direito Internacional.

Interessante notar que algumas características do DAG o aproximam, sob determinado ângulo de exame, dos dois ramos do Direito acima mencionados, contudo, com eles não se confunde. Por um lado, muito da regulação administrativa necessita do amparo ou suporte da estrutura burocrática interna dos governos locais, ou seja, depende do ambiente jurídico do Direito Administrativo. De outra banda, o arcabouço normativo igualmente requer um alicerce de reconhecimento mútuo entre os entes nacionais envolvidos e interrelacionados pelos interesses globalizados, seara do Direito Internacional clássico. Nessa linha de intelecção, percebe-se que estas citadas esferas tradicionais, já não conseguem responder efetivamente à enorme dimensão das relações globalizadas.

Assim, voltando à perspectiva de Kingsbury, Krisch e Stewart, verifica-se que constroem sua percepção de Direito Administrativo Global, a partir da premissa de que grande parcela da governança global (objeto de exame do próximo tópico) se dá como expressão da ação administrativa e, assim, podem se nortear pelos princípios do Direito Administrativo, conforme desenvolvidos no âmbito normativo-jurídico dos Estados nacionais. Tais princípios, portanto, se credenciam como compatíveis e paradigmáticos para a atuação das organizações internacionais reguladoras que a partir deles ganham um acréscimo de legitimidade, pela transparência e possibilidade de controle, uma vez que existe, segundo argumentam, paralelo entre o aumento da integração globalizada e da incidência de questões que antes eram circunscritas ao espaço jurídico local, para uma abrangência transnacional.

É importante delimitar a distinção entre o Direito Administrativo Global e o Direito Internacional Administrativo, assim entendido, aquele se regulava os atos internos das organizações internacionais. Referida distinção encontra-se centrada na superação do dualismo caracterizado pela crença de que o Direito nacional é o Direito do Estado, a que se sujeitam indivíduos e as pessoas jurídicas internas, enquanto o Direito Internacional é o Direito das relações entre Estados. Essa dicotomia, característica até o momento posterior à Primeira Guerra Mundial, é superada pela globalização uma vez que a partir dela, mesmo

decisões oriundas de um Estado nacional, e ainda que reguladas, *a priori*, em seu âmbito de soberania interna, podem afetar cidadãos e entidades privadas de outros Estados.¹¹⁹

Exemplos fartos desta complexa teia normativa, vê-se, na experiência internacional, em temas como a segurança, o meio-ambiente, o mercado financeiro ou, ainda, o objeto de nosso estudo, a situação das fronteiras e o tratamento à migração internacional, gerando a necessidade de instituição de sistemas de regulação em escala global, diante do crescimento dos interesses de sujeitos privados no âmbito das organizações de regulação internacional. Daí, segundo esclarece Battini, a base de construção de um Direito Administrativo Global se dá a partir da expansão do chamado Direito Internacional Administrativo que se verifica a partir da organização interna das mencionadas organizações internacionais para a regulação da participação daqueles terceiros privados, mediante a transposição de instrumentos de Direito Administrativo interno.¹²⁰

Diante de tudo o que já se expôs, pensamos é possível uma melhor compreensão da definição proposta Heilmann para o Direito Administrativo Global como sendo:

O ramo que abraça as estruturas, os procedimentos e estândares normativos (princípios) para a tomada de decisões reguladoras incluindo os princípios da transparência, da participação e revisão, razoabilidade e da proporcionalidade e os mecanismos de governo-regulação para implementação destes estândares, que são aplicáveis aos corpos administrativos intergovernamentais formais e informais.¹²¹

Um dos importantes fins almejados pelos teóricos do Direito Administrativo Global, é o aprimoramento da governança global. Seu foco é mapear, desenvolver e disseminar mecanismos de controle (*accountability*), objetivando aumentar a eficácia processual, a transparência e o acesso à informação, pelo exame e revisão de decisões e métodos, a partir de princípios consagrados como a razoabilidade, a proporcionalidade, a razoabilidade e a motivação.¹²²

¹¹⁹ NETO, Bitencourt Eurico – Direito Administrativo Transnacional – Revista Eletrônica de Direito do Estado – n° 22. p. 11 – disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-22-ABRIL-2010-EURICO-NETO.pdf> - acesso em 14-11-2015.

¹²⁰ BATTINI, Stefano. Organizzazioni internazionali e soggeti privati. p. 385-387, apud NETO, Bitencourt Eurico. Ob. Cit. p. 11.

¹²¹ HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. Globalização e o Novo Direito Administrativo. Curitiba. Juruá Editora. 2010. p. 174

¹²² HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. Globalização e o Novo Direito Administrativo. Curitiba. Juruá Editora. 2010. p. 180/186

c) Governança

Deste contexto, sobressai a terceira conceituação necessária ao nosso estudo, qual seja, a ideia de *Governança*, que se relaciona à regulação e à Administração. Imperioso, aqui, delimitar o significado que se busca emprestar a este termo, no contexto da presente reflexão.

Como sabido, para os estudiosos desta temática, a atual percepção da ideia de governança nasce dos estudos dirigidos pelo Banco Mundial, no início da década de noventa do século passado.

Queremos indicar, para os fins do presente artigo, a definição geral de *Governança*, que, na visão do Banco Mundial, em livre tradução, seria: “... *é o exercício da autoridade, controle, gestão, poder do governo [...] é a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos econômicos e sociais de um país para o desenvolvimento*”.¹²³

Explicitando o conceito de governança, Maria Helena de Castro Santos propõe que a discussão mais recente do tema ultrapassa o marco operacional para incorporar questões relativas a padrões de articulação e cooperação entre atores sociais e políticos e arranjos institucionais que coordenam e regulam transações dentro e através das fronteiras do sistema econômico¹²⁴, para concluir que: “*Incluem-se aí, não apenas os mecanismos tradicionais de agregação e articulação de interesses, tais como partidos políticos e grupos de pressão, como também redes sociais informais (de fornecedores, famílias, gerentes), hierarquias e associações de diversos tipos.*”¹²⁵

Como se vê, a definição de governança deve estar ligada às ideias centrais de meios e processos em busca de resultados, a partir dos atores envolvidos em sua realização. Para a Comissão Sobre Governança Global – ONU, a ideia de governança não deve ser confundida

¹²³ World Bank, *Governance and Development*, 1992, p. 3: “Governance... is the exercise of authority, control, management, power of government (...) “is the manner in which power is exercised in the management of a country’s economic and social resources for development.”

¹²⁴ SANTOS, Maria Helena de Castro. “Governabilidade, Governança e Democracia: Criação da Capacidade Governativa e Relações Executivo-Legislativo no Brasil Pós-Constituinte”. In: *DADOS – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, volume 40, nº 3, 1997. pp. 341-342. Versão virtual em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581997000300003

¹²⁵ SANTOS, Maria Helena de Castro. “Governabilidade, Governança e Democracia: Criação da Capacidade Governativa e Relações Executivo-Legislativo no Brasil Pós-Constituinte”. In: *DADOS – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, volume 40, nº 3, 1997. pp. 335-376. Versão virtual em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581997000300003

com governo, mas se caracteriza como uma “*estrutura de regras, instituições e práticas que definem limites para o comportamento dos indivíduos, organizações e empresas.*”¹²⁶

De se ressaltar, ainda, que na definição de governança, como meio e processo capaz de produzir resultados eficazes, não está, necessariamente, vinculada, a utilização expressa de coerção. Com efeito, a adequação dos agentes envolvidos aos critérios ou padrões acolhidos internacionalmente dar-se-á, muito mais nitidamente, por uma necessidade de adequação às práticas estabelecidas pelo consenso da sociedade internacional. Por esta razão, por exemplo, é que as corporações buscam adequação e certificação pelos critérios estabelecido pela International Organization for Standardization (ISO).

A seguir, acolhemos a definição mais comumente utilizada de governança global como sendo:

Uma complexidade formal ou informal de instituições, mecanismos, relacionamentos e processos entre os Estados, mercados, cidadãos e organizações, tanto intergovernamentais como não-governamentais, através dos quais se articulam interesses coletivos no plano global, direitos e obrigações são estabelecidas, e as diferenças são mediadas.¹²⁷

Concluindo o presente tópico conceitual, podemos verificar que o exame relacionado das ideias de Globalização, Direito Administrativo Global e Governança Global, face ao problema migratório mundial, demonstra ser possível afirmar, neste contexto, que a governança da questão migratória internacional implica buscar o mais eficiente manejo das políticas públicas nacionais em conjunto com os mecanismos regulatórios internos e externos, públicos e privados, bem como na agregação das forças sociais e econômicas, para o alcance da finalidade de bem gerir o trânsito ou permanência de migrantes globais.

¹²⁶ HUMAN DEVELOPMENT REPORT 1999 – p.34: “Governance is not government—it is the framework of rules, institutions and practices that set limits on the behaviour of individuals, organizations and companies” – Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/260/hdr_1999_en_nostats.pdf - acesso em 26.03.16

¹²⁷ GLOBAL GOVERNANCE, INTERNATIONAL DEVELOPMENT DISCOURSES AND NATIONAL POLICY-MAKING: HIGHLIGHTS OF CRITICAL ISSUES, by Mariarosaria Iorio IGTN Geneva Office. p.10. - Versão virtual em: https://www.wto.org/English/forums_e/ngo_e/posp68_igt_n_e.pdf (acesso em 26.03.16)

2.2 A ideia de Complexidade e a Internacionalização do Direito e suas possíveis conexões com o Direito Administrativo Global

O propósito do presente tópico do trabalho é realizar um confronto analítico entre a concepção aqui apresentada do Direito Administrativo Global e suas possíveis conexões com a abordagem teórica da Complexidade das Relações Transnacionais e sua influência para Internacionalização do Direito, a partir da doutrina de Marcelo Dias Varella.¹²⁸

a) Complexidade e a Internacionalização do Direito.

O objetivo, por conseguinte, é buscar fundamentos para a defesa da influência do Direito Administrativo Global sobre o âmbito legislativo interno, nos princípios delimitados no fenômeno da Complexidade do Sistema Jurídico Internacional, conforme apresentado pelo referenciado autor.

A ideia de complexidade explorada na obra ora examinada é apresentada a partir de elementos configuradores, divididos entre *fatores* e *atores* que a motivam, assim relacionados:

Em resumo, os fatores desta complexidade seriam:

a) a *multipolaridade política*, com foco na possibilidade de construção do poder a partir e por meio do direito internacional. A ênfase aqui é nas implicações do fim da bipolaridade entre Estados Unidos e União Soviética que acarreta consequências notáveis no Conselho de Segurança da ONU, possibilitando políticas de intervenção em Estados considerados em descompasso com ideias liberais e democráticos;

b) a *multipolaridade econômica* que surge a partir do fim da bipolaridade característica da guerra fria, com a expansão da hegemonia dos Estados Unidos e sua caracterização como potência mundial, sobretudo na área econômica e se desenvolve e expande juntamente com o fenômeno da globalização, no campo econômico, e da mundialização, no que respeita aos valores orientadores da sociedade ocidental, marcadamente, a difusão dos direitos humanos.

¹²⁸ VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do Direito: Direito Internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013.

c) *o desvanecimento dos conceitos de espaço e tempo com novas tecnologias*, neste ponto, a abordagem investiga a imensa influência do absurdo desenvolvimento tecnológico que surgiu no contexto mundial a partir das últimas décadas do século passado que, simbolizada poderosamente pela internet, viabilizou situações jamais imaginadas anteriormente, tais como, a desmistificação da figura do estrangeiro perante os cidadãos nacionais; a ampliação do acesso à política, nacional ou internacional, como forma de aumento de práticas democráticas; a diminuição virtual de distâncias espaciais ou temporais, com encurtamento de fronteiras e fortalecimento da percepção de uma realidade internacional ou mundial e, ainda, no âmbito interno, o incremento da transparência e do controle dos órgãos públicos. Tudo isto fundamentado na rede de informações mundiais, cuja regulação é predominantemente privada, o que lhe assegura razoável grau de independência da intervenção estatal.

d) *o adensamento de comunidades transnacionais involuntárias em torno de crises* – analisando a realidade do aparecimento de crises no cenário mundial, com destaque para a potencialização que o fenômeno da globalização dá a problemas como o terrorismo, o crime organizado e as questões de saúde e ambientais, o estudo revela um crescimento da cooperação internacional, por meio de comunidades transnacionais que objetivam a gerenciamento destes distúrbios no ambiente social internacional. Na linha de pensamento de U. Beck, a autor apresenta a sociedade de risco como fator de aglutinação de Estados ou comunidades, para o enfrentamento destas situações. Aponta, ainda, tal realidade, como motivadora para o rompimento de barreiras impostas pelo sistema jurídico, uma vez que “*as crises são reveladoras da força dos poderes não-instituídos, sobretudo no tocante à desarticulação dos poderes no sentido das instituições nacionais*”¹²⁹

Quanto aos *atores*, formadores dessa nova complexidade jurídica, destacam-se se três categorias, a saber: a) *atores econômicos*, assim consideradas as empresas nacionais e estrangeiras, associações empresariais, ainda que sem fins lucrativos em si, mas que têm por finalidade promover, direta ou indiretamente, os interesses de lucro de seus associados; b) os *atores cívicos*, organizações não-governamentais fundadas em valores altruístas, como a proteção dos direitos humanos ou do meio ambiente e c) *os atores científicos* que podem ser privados ou públicos, com ou sem fins lucrativos. O que importa aqui é que seu principal

¹²⁹ VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do Direito: Direito Internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 45

objetivo seja a promoção da ciência, dentro de um sistema científico de produção do conhecimento.¹³⁰

Interessante destacar que no desenvolvimento de sua explanação quanto aos atores que contribuem para a complexidade ora examinada, o autor destaca, em todas as três modalidades de atores, a presença de instituições que, muitas vezes, atuam a partir dos princípios determinadores das características típicas do Direito Administrativo Global. Podemos exemplificar com a menção que faz à simbiose detectada, quando se trata de atores econômicos, entre os interesses dos Estados e de suas empresas multinacionais, onde é apresentado um forte elo de cooperação entre o público e o privado, na defesa dos interesses econômicos destas corporações, como acontece, *ad exemplum*, nos processos no âmbito da OMC – Organização Mundial do Comércio.

Outra instituição com típicas características do espectro do Direito Administrativo Global, mencionada como exemplo desta ascensão dos atores econômicos em relação à complexidade geradora de uma maior internacionalização do direito, são os sistemas de certificação, como ocorre com o mais conhecido, a norma ISO.

A constatação de Varella é no sentido de que há o aumento em número e em importância de regimes jurídicos privados, em paralelo ou em simbiose com as normas estatais, o que, a nosso ver, tem estreita ligação com as concepções do DAG. E continua, o referido autor, para afirmar que a presença de redes de contratos privados entre grupos econômicos, do direito desportivo (v.g. a FIFA), ou do direito cibernético, que tem como consequência bastante palpável, a ocupação de lacunas ou mesmo a substituição de ordenamentos estatais, seja para resolução de conflitos, seja para a indução de políticas públicas. Neste particular, colhemos as palavras do próprio autor:

Os conjuntos ISO 14000, por exemplo, com a característica de proteção ambiental, ou ISO 19000, para proteção trabalhista, podem ter efeitos incidentes em toda a cadeia produtiva de uma empresa. No caso de grandes empresas multinacionais, os efeitos concretos de processos de certificação ou de regras próprias, estabelecidas por meio de redes contratuais, podem ser relevantes e alterar cenários normativos nacionais. Com centenas de empresas interligadas na cadeia produtiva, os compromissos assumidos em nome de um valor qualquer têm efeitos tão ou mais relevantes que normas estatais. Em países pobres, com baixa capacidade institucional de controle do cumprimento das normas ambientais ou trabalhistas, ou mesmo

¹³⁰ VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do Direito: Direito Internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 66/67

inexistência de um arcabouço jurídico protetivo adequado, o controle por mecanismos privados assume papéis típicos da proteção estatal.¹³¹

Nessa mesma linha de argumentação, verifica-se que os outros dois tipos de atores apontados pelo autor, também tem sua atuação e influência no contexto da construção de uma norma internacionalizada, com o que ocorre com as denominadas Organizações Não-Governamentais que exemplificam os atores cívicos, com destaque para a atuação de instituições como a Anistia Internacional, os Médicos Sem Fronteiras ou a WWF de proteção ao meio ambiente que conseguem “retirar dos governos dos Estados o monopólio das funções legislativas e jurisdicionais, em nome de princípios de vocação universal”.¹³²

Também os atores científicos complementam e reforçam as percepções de que a internacionalização do direito, se dá por meio de forças sociais que já não se encontram vinculadas de maneira absoluta ao poder dos Estados. Aponta, Varella, a efetiva realidade de um processo de mundialização dos cientistas que também se organizam em redes internacionais de cooperação em busca das prioridades de cada momento, seja na área sanitária, em face de crises como o risco de uma pandemia (v. g. a gripe do vírus H1N1, nos anos de 2009/2010), mas também no desenvolvimento tecnológico que viabiliza a comunicação e a informação para quase todo reduto na face da Terra, com implicações, muitas vezes, incontornáveis em seus impactos na economia, política ou cultura dos espaços nacionais, como por exemplo, o desencadear da chamada primavera árabe, a partir de postagens e mensagens transmitidas pelas redes sociais no contexto da internet.

Podemos concluir, do exposto até aqui, em concordância com a realidade do fenômeno de uma complexidade crescente, e marcante, no que toca às relações internacionais. Possível, também, compreender os desdobramentos desta realidade e a inevitável influência que exerce, e continuará a exercer, na formação do ordenamento jurídico-legal internacional, com uma nítida tendência da internacionalização do direito, como argumenta o autor ora examinado.

A partir das constatações resumidamente expostas acima é que o autor ora em exame chega à uma nova etapa em seu argumento, apontando a intensificação das relações entre os sujeitos de direito internacional. Tal fenômeno interessa particularmente à presente pesquisa,

¹³¹ VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do Direito: Direito Internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 69/70

¹³² Referência às palavras de Foucault, conforme consta em: VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do Direito: Direito Internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 73, nota 109.

na medida em que defendemos a efetiva influência do direito não nacional, como mecanismo de transformação e aperfeiçoamento do ordenamento interno, o que será objeto de exame mais aprofundado no Capítulo Terceiro do trabalho, ao refletirmos sobre a Convenção Internacional sobre a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias.

Destarte, nos capítulos 2 e 3 de sua obra, Varella aponta o aumento da complexidade pela intensificação de diálogos jurídicos transnacionais, seja em relação aos sujeitos clássicos do direito internacional, seja, ainda, pela influência recíproca entre Estados e atores infra ou não estatais. Nesta perspectiva, é oportuno destacar como o autor resume o pensamento de Koh, H. H.:

Há uma intensificação dos processos transnacionais. Primeiro, a dicotomia entre nacional e internacional torna-se menos nítida. Segundo, os atores primários continuam sendo os Estados, mas há multiplicação e adensamento do papel dos demais atores subestatais e não-estatais. Terceiro, o processo dinâmico prepondera sobre o estático, com o direito internacional transformando-se continuamente, percolando no direito de cima para baixo e de baixo para cima, por instrumentos públicos e privados, do doméstico para o internacional e vice-versa. Quarto, o processo é normativo porque, além das transformações sociais alterarem o sistema jurídico, este também contribui para moldar os limites das alterações futuras nos sistemas sociais, a partir da maior juridicidade das relações internacionais¹³³

Em apertada síntese da argumentação, destacamos a influência inspiradora que retroalimenta o direito das nações, com reflexos do direito externo sobre a formação do arcabouço jurídico-legal nacional. Assim, o direito internacional e o direito estrangeiro, são delineados como agentes de influência positiva inspiradora de soluções para problemas no âmbito interno, a partir de um contínuo processo de importação de respostas jurídico-legais construídas e experimentadas no contexto internacional.

Tais soluções podem ser gestadas no ambiente público internacional e passam a ter influência crescente para Estados que ainda não alcançaram, muitas vezes, o patamar tecnológico, ou sanitário, ou financeiro para construírem, sozinhos, suas próprias soluções na instância do poder público interno. Daí, a importância de instituições cuja idoneidade passa a ser reconhecida por considerável número de Estados nacionais, como já mencionou no presente tópico do trabalho, tais como a Organização Mundial do Comércio - OMC, ou a

¹³³ VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do Direito: Direito Internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 84 – apud – KOH, H. H., Transnational legal process. The 1994 Roscoe Pound Lecture. In: Nebraska Law Review, v. 75, 1996, p.184

Organização Internacional do Trabalho - OIT, ou as agências da ONU, como é o caso da Organização das Nações Unidas para Ciência, Educação e Cultura – UNESCO e, no caso específico de nosso estudo, a Organização Internacional para Migrações – OIM e o Alto Comissário das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR, que é a agência da ONU, para questão dos refugiados.

Na mesma toada, temos as possibilidades e soluções trazidas pela experiência dos entes privados com credibilidade internacional, como é o caso, já explorado acima, da normatização ISO que, por exemplo, é utilizada como critério de aferição da qualidade do produto ofertado, em processos licitatórios da Administração Pública Brasileira, agindo, assim, como verdadeiro complemento da legislação interna.

Aliada a estas regulações públicas e privadas de organismos internacionais, temos, ainda, a crescente influência dos blocos regionais, tais como a União Europeia, exemplo propulsor e mais avançado de unificação legislativa e jurídica, bem como econômica, de determinada região. De modo semelhante, ainda que com atraso considerável e duvidosa implementação, o MERCOSUL, no continente sul-americano.

Outro fator de integração e caracterizador da complexidade aqui estudada, no que toca à linha de interesse da presente pesquisa, e que se faz necessário enfatizar a partir das ponderações da obra analisada, é o adensamento do diálogo entre juízes em nível internacional. Tal diálogo se estabelece a partir da tradicional aplicação do direito comparado, mas, também, e fundamentalmente, pela crescente influência das Cortes Internacionais, cada vez mais fortalecidas em sua precípua missão de dizer o direito no âmbito transnacional. Nesse contexto, destacam-se a atuação da Corte Internacional de Justiça, ou do Tribunal Penal Internacional, além das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos que, ao tratar de casos relacionadas a matérias sensíveis dos direitos humanos, acabam por influenciar toda a comunidade internacional com suas determinações.¹³⁴

Na trilha destas circunstâncias fáticas caracterizadoras, em linhas gerais, do próprio fenômeno da globalização, é que se torna possível compreender a configuração desta complexidade que aqui se busca analisar, capaz de gerar novas fontes de direito

¹³⁴ Não é o objeto do presente trabalho discutir a efetividade ou o grau de coercibilidade de tais decisões – matéria cujo caráter controvertido não desconhecemos – porém, parece-nos possível afirmar a influência, mesmo que indireta, das decisões de referidas Cortes Internacionais sobre a práxis dos Estados Nacionais.

internacional.¹³⁵ Em linhas gerais, verifica-se o surgimento de processos de diálogo entre os vários tipos de atores, de todas as esferas da comunidade internacional que, no dizer de Varella “*constroem conjuntos normativos similares em diferentes territórios ou mesmo de forma não-territorializada*”¹³⁶.

Esclarecendo seu ponto de vista, aponta o autor que:

O processo envolve a ampliação das congruências da visão de justiça, de forma objetiva ou subjetiva, da necessidade do uso de soluções comuns e cooperação para tratar problemas compartilhados, da aproximação de conceitos jurídicos pela multiplicação de normas similares e pelo maior contato entre os operadores jurídicos. Cada ator interno pode-se tornar um produtor de normas internacionais, quando inserido nesse processo não-concertado, mas em rede. A vontade fictícia da coletividade ou do ordenamento jurídico se manifesta por meios previstos por novas formas comunicativas, mas não expressos nas constituições como aptos a criar o direito internacional.¹³⁷

Não podemos deixar de mencionar, por derradeiro, ainda que de forma bastante sintetizada, as dificuldades apontadas na obra em exame. A primeira delas, já apontada linhas acima, é o embaraçoso desafio de compreender a multiplicação de fontes normativas. Neste aspecto, Varella aponta o problema da releitura do próprio conceito de fontes do direito internacional ou a ideia de construção de fontes para um direito pós-nacional.

Aqui, os problemas apontados estão relacionados com a própria crise da noção de Estado, ou de Soberania. Crise que se manifesta a partir de um processo de transformação, seja no nível interno, seja na perspectiva externa do Estado, em face de valores, agora defendidos e disseminados em nível global. A influência do processo de descentralização das fontes tem como consequência o enfraquecimento do papel do Estado nacional como elemento central da produção normativa; o papel de ente principal da esfera pública sofre as

¹³⁵ Mais uma vez é importante salientar que a proposição relativa a existência de “novas fontes de direito internacional”, por si só, é capaz de gerar extensa reflexão quanto à sua correção, ou se podem ser meramente compreendidas dentro da teoria clássica do direito internacional, como pondera o próprio autor, anunciando, inclusive que o Capítulo da obra se debruçará sobre esta discussão. Apenas tomamos a expressão como indicação de que seja como for solucionada a questão, não há dúvidas de que todo o contexto até aqui trabalhado é capaz de influenciar a criação normativa nacional, ou, no mínimo, inspirar novas abordagens hermenêuticas de determinadas questões jurídicas com relevância do no contexto internacional, como é o caso de nosso tema central, qual seja, a governança do problema migratório internacional.

¹³⁶ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: Direito Internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 164

¹³⁷ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: Direito Internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 165

consequências, cada vez mais impactantes, da privatização dos conteúdos normativos e, por fim, o elemento nacional – Estado-nação – é a ameaçado pela notória internacionalização do direito.¹³⁸

Outros desafios são listados, tais como, a expansão dos regimes normativos privados, aos quais, em muitas circunstâncias, o Estado nacional vê-se obrigado a se adaptar. Neste ponto, podemos destacar, *ad exemplum*, a necessidade de adequação da legislação brasileira para que fosse possível a comercialização de bebidas alcoólicas nos estádios da Copa do Mundo de 2014, uma vez que o ordenamento pátrio, em sua legislação ordinária, não permitia referido comércio, porém, a FIFA, organização de caráter mundial detentora dos direitos ligados à competição, exigia a possibilidade de comércio de tais bebidas, para satisfazer condições contratuais com patrocinadores globais do evento.

Há ainda a necessidade de coordenação da multiplicidade de instâncias de solução de conflitos que se dá, por exemplo, pela multiplicação das Cortes internacionais e de suas respectivas competências. De se destacar, neste particular, casos como o atual processo de extradição de Henrique Pizzolato, condenado criminalmente na ação penal que ficou conhecida pela alcunha de “mensalão” e que, por anos, se arrastou sem solução, em função das inúmeras tentativas e argumentos de direitos humanos que sua defesa apresentou perante as Cortes internacionais.¹³⁹

Não pode deixar de abordar, portanto, o fenômeno enfrentado na obra de Varella, quando aponta para uma possível *fragmentação do direito*, diante da complexidade das normas e relações internacionais, conforme já exposto anteriormente. Referida questão é abordada a partir de algumas premissas, assim resumidas:

A primeira concepção aponta uma dicotomia, ou disputa, entre as noções de direito internacional e fragmentação na medida em que haveria, segundo alguns estudiosos do tema, um fortalecimento de uma lógica funcional inerente a subsistemas jurídicos, caracterizadora desta fragmentação, talvez, impossível de conciliação com a percepção tradicional de harmonização sistêmica do Direito.

¹³⁸ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: Direito Internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 355

¹³⁹ O término deste longo processo se deu, enfim, em 23/10/2015, quando o referido condenado pela Justiça Brasileira desembarca em São Paulo e é conduzido para a penitenciária da Papuda em Brasília, fato amplamente noticiado pela imprensa nacional.

O caminho percorrido para esta fragmentação passa pela característica contemporânea da existência de vários subsistemas específicos para o tratamento de diversos e variados temas relevantes e pertinentes ao cuidado do Direito. Os subsistemas jurídicos vão se especializando fortemente em vários ramos, como o direito internacional econômico, os direitos humanos, o direito ambiental, o direito humanitário e, ainda, os ramos de índole privada já mencionados anteriormente, tais como, o direito desportivo ou o regramento de qualidade pelo processo de certificação (ISO).

A abordagem interessa à nossa pesquisa, enquanto possibilidade de reflexão teórica, e para a posterior comparação entre as premissas da internacionalização do Direito, pelo exame do fenômeno da complexidade, e aquelas presentes no estudo do Direito Administrativo Global, porque, a partir dessa lógica fragmentada fortalecem-se regulações oriundas dos diversos atores, originadas de regras formais: *“Governos tornam-se governança. A linguagem da responsabilidade é lida como níveis de avaliação de comprometimentos. Disputas são compreendidas como problemas gerenciais”*.¹⁴⁰

Nessa medida, a fragmentação, ao menos nos seus aspectos particulares que interessam diretamente à presente argumentação, passa a ser vista como expressão de múltiplas formas de validação. Noutra banda, a crítica de outros autores, seria no sentido de que *“o direito internacional se teria perdido em múltiplos fragmentos incoerentes, com ilhas de construção normativa com pretensão autônoma”*¹⁴¹, situação que se debateria com a ideia de que, tais fragmentos, seriam, na verdade, elementos de conexão entre os já mencionados subsistemas. Ao cabo, o exame desta ideia de fragmentação remete, mais uma vez, à noção de complexidade aqui explorada.

Todo este processo caracterizador da complexidade defendida pelo autor da obra aqui examinada guarda, em nossa avaliação, estreita relação com as perspectivas do Direito Administrativo Global. Vale lembrar do esboço conceitual trazido ao presente trabalho anteriormente, que as características desta nova modalidade de gerenciamento das questões no âmbito administrativo transnacional, busca amparo e fundamento na troca de experiências administrativas, normativas e jurídicas, para gestão de situações fáticas ou problemas que

¹⁴⁰ VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do Direito: Direito Internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 261

¹⁴¹ VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do Direito: Direito Internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 381

transcendem as fronteiras dos Estados nacionais, mas que tem influências distintas em cada um destes territórios.

A noção de complexidade, conforme explicitada até aqui, consubstancia-se em ferramenta teórica extremamente interessante, e condizente, com esta abordagem do DAG e, no caso da presente pesquisa, torna-se bastante útil à defesa do argumento de que é viável a concretização das ideias e parâmetros da legislação estrangeira, na presente pesquisa, a Convenção Internacional sobre a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias, como fonte inspiradora do novo marco legislativo interno da questão migratória para o Brasil.

b) Direito Administrativo Global, possíveis influências da complexidade

O estudo dos parâmetros configuradores da noção de Direito Administrativo Global aponta o fenômeno de uma irresistível proliferação de entidades internacionais, chamados Organismos Internacionais, como característica da sociedade internacional que se formatou após o encerramento da Segunda Guerra Mundial.

Neste sentido, não surpreende a dificuldade de se classificar tais organizações, tendo em vista a complexidade de áreas em que se desenvolvem, mas que revelam, exatamente, a noção de direito administrativo global, como resultado desta irresistível ascendência regulatória da Organizações Internacionais.¹⁴² A diversidade de mencionado arcabouço regulatório abrange, conforme afirma Cassese:

forest preservation, the control of fishing, water regulation, environmental protection, standardization and food safety, financial and accounting standards, internet governance, pharmaceuticals regulation, intellectual property protection, refugee protection, coffee and cocoa standards, labour standards, antitrust regulation, regulation and finance of public works, trade standards, regulation of finance, insurance, foreign investments, international terrorism, war and arms control, air and maritime navigation, postal services, telecommunications, nuclear energy and nuclear waste, money laundering, education, migration, law enforcement, sport, and health¹⁴³

¹⁴² CASINI, Lorenzo - STATES AND GLOBAL ADMINISTRATIONS IN CONTEXT – in: Global Administrative Law: The CASEBOOK – Third Edition. p. 21 – IRPA-IILJ - 2012

¹⁴³ CASSESE, S. - The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law, Editorial Derecho Global/Global Law Press, Sevilla (2012), apud – CASSINI, Lorenzo – ob. Cit. p. 23 – livre tradução: “a preservação da floresta, o controle da pesca, a regulação da água, proteção ambiental, padronização e segurança alimentar, normas contábeis e financeiras, governança da Internet, a regulamentação farmacêutica, proteção da

Ainda assim, tal proliferação de organizações internacionais, de larga abrangência territorial, envolvendo grande contingente de Nações, das mais variadas concepções culturais, sociais e econômicas (além dos aspectos religiosos correlacionados), costuma ser apontada como elemento caracterizador do desenvolvimento de uma espécie de legislação administrativa global.

Não obstante, diante de tamanha diversidade, surge o reconhecimento da necessidade de uma perspectiva global administrativa. Com efeito, ainda segundo Cassese, enquanto os Estados se desenvolvem a partir de um centro de poder, as instituições administrativas globais precisam se desenvolver por meio de pactos mútuos e a partir dos pontos periféricos até chegarem à formação de um organismo federativo maior, como ocorreu, por exemplo, na formação das Nações Unidas (ONU).¹⁴⁴

Este amplo espectro regulatório internacional é característica que se coaduna com a concepção de *complexidade* e a aproxima da noção de Direito Administrativo Global. O fator de interesse à presente pesquisa, neste ponto, é o fato de que a existência dessa complexa regulamentação oriunda de Organismos Internacionais, muitas vezes de envergadura global, tem enorme potencial de influência ou inspiração ao ordenamento local.

Outro fator de destaque que apontamos como caracterizador desta convergência entre as concepções de complexidade da internacionalização do direito e o Direito Administrativo Global repousa na mesma percepção de que há uma evidente mudança na caracterização da soberania do Estado nacional. Neste sentido, HEILMANN busca apontar o que chama de novas dimensões do Direito Público, no contexto da globalização e do DAG:

As transformações do Direito Administrativo para este século XXI representam, antes de tudo, uma transformação das funções do Estado e o papel que corresponde ao Direito, da alteração do conceito de espaço público, da redução da soberania como poder político centralizador e da emergência de uma nova “teoria do direito administrativo”. Não se pode resumir simplesmente em uma análise dos institutos que sofreram mudanças ou da nova forma de organização administrativa que foi alterada por novos

propriedade intelectual, proteção dos refugiados, os padrões de café e cacau, normas de trabalho, a regulação antitruste, regulamentação e financiamento de obras públicas, normas de comércio, regulação de finanças, seguros, investimentos estrangeiros, o terrorismo internacional, controle de guerra e armas, navegação aérea e marítima, serviços postais, telecomunicações, energia nuclear e dos resíduos nucleares, lavagem de dinheiro, educação, migração, aplicação da lei, esporte e saúde”

¹⁴⁴ CASSESE. S, “The Globalization of Law”, 37 New York University Journal of International Law and Politics 973 (2005) p. 674/675, apud – CASSINI, Lorenzo – ob. Cit. p. 23

entes, ou, ainda, de se catalogar quais as relações administrativas que passaram do controle público ao privado.¹⁴⁵

Assim, é possível vislumbrar características bastante acentuadas da influência de outros setores e instâncias de poder, não necessariamente público ou local, na construção do arcabouço regulador da atuação das instituições que se tornam, cada vez mais, globalizadas. A doutrina resume tais características a partir do desvelamento ou identificação de importantes crises da concepção clássica do poder Estatal a partir de uma atmosfera que exige, cada vez mais, o alcance e maior competitividade para as organizações econômicas, gerando imposições às soberanias nacionais dentre as quais se destacam: a) a desregulamentação dos mercados; b) a eliminação de entraves que bloqueiam a abertura comercial e adoção de programas de desestatização; c) flexibilização da legislação trabalhista; e d) a implementação de projetos de “deslegalização” e “desconstitucionalização”.¹⁴⁶

Nesta linha, afirma Santamaria Pastor: *“uma tendência para o sistema jurídico desformalizado e progressivamente não escrito, apegado à singularidade e eminentemente descrente ante os poderes normativos formais”*.¹⁴⁷

Tal referência nos remete aos mecanismos regulatórios, que se formam *ad latere* da lei formal, denominados de *Soft Law*¹⁴⁸ pela reflexão doutrinária. Por óbvio, não é a finalidade do presente trabalho se aprofundar nesta questão de caráter inovador, ainda recente na discussão doutrinária do país, não obstante, é importante noticiar sua existência e principais características, uma vez que se trata de mecanismo comumente utilizado na formatação do Direito Administrativo Global e, também, na concepção ora examinada de complexidade jurídica.

¹⁴⁵ HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. Globalização e o Novo Direito Administrativo. Curitiba. Juruá Editora. 2010. p. 81

¹⁴⁶ HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. Globalização e o Novo Direito Administrativo. Curitiba. Juruá Editora. 2010. p. 83/84

¹⁴⁷ PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. Principios de Derecho Administrativo General I. Espanha: Iustel, 2004. p. 149. apud HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. Globalização e o Novo Direito Administrativo. Curitiba. Juruá Editora. 2010. p. 84, nota 152

¹⁴⁸ Citamos CASQUET, Andréia Cristina Bezerra – in: http://www.conjur.com.br/2014-jul-28/andreia-casquet-soft-law-essencial-regulacao-sociedades#_ftn1 – acesso em 12-11/2015: “As diversas teorias em torno da definição e dos principais efeitos da soft law têm como origem a antinomia gerada pelo termo de per si, isto é, enquanto o Direito representaria um fenômeno obrigatório, sancionador e preciso (hard); o seu oposto estaria em algo que não fosse dotado de obrigatoriedade, sanção e que reconhecesse certa flexibilidade (soft).”

Podemos, então, dizer que *Soft law*¹⁴⁹ é uma designação utilizada para expressar a noção de uma regulamentação que possui bastante amplitude e grande variedade, tratando-se de instrumentos regulatórios dotados de força normativa limitada, em princípio, não obrigatórios, nem vinculantes, mas que, ainda assim, podem produzir certos efeitos concretos aos destinatários.

Inicialmente utilizadas no contexto do Direito Público Internacional, são normas oriundas de várias fontes elaboradoras, segundo a doutrina, donde se destacam os Estados nacionais, como ocorre quando elaboram declarações, atas de reuniões, agendas ou programas de ação, como aconteceu, por exemplo com a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento no ano de 1992 ou, ainda, os chamados “acordos de cavalheiros” (*gentlemen’s agreements*) utilizados em âmbito transnacional. Também os Organismos Internacionais, como a ONU, emitem este tipo de documento para pautar agendas ou recomendações internacionais e, por fim, instituições de caráter privado também costumam emitir esta modalidade de regulamentação, como ocorre, v.g., com a norma relativa aos Princípios para Contratos Internacionais do Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado (UNIDROIT¹⁵⁰).

Em algumas situações a expressão pode identificar documentos cuja própria forma é “soft”, ou seja a forma legal e o modo de produção têm caráter não vinculante, como memorandos de entendimento e recomendações, em outras, o critério distintivo não está na forma do instrumento, mas em seu próprio conteúdo, como normas e princípios formulados com cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados ou regras que não podem ser impostas por mecanismos compulsórios de resolução de disputas, por serem de pequena força constritiva.¹⁵¹

Este tipo de regulamentação, quer-nos parecer, está contida, em alguma medida, na discussão até aqui travada, relativamente à complexidade da internacionalização do Direito e, por certo, também faz parte da elaboração doutrinária do DAG.

Há que se ressaltar, contudo, a limitação deste tipo de norma que, inclusive, como ensina Abbud: Logicamente, a expressão *soft law* não é imune a críticas. Ao pretender referir-se a uma gama tão ampla e variada de fenômenos como os apontados, é de se questionar a utilidade que

¹⁴⁹ Utiliza-se, internamente, por vezes, a expressão quase direito como sinônimo

¹⁵⁰ Consulta disponível em: <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>

¹⁵¹ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti - *Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional* – Ed. Atlas, 2014. p. 10/11

tenha como ferramenta descritiva. O uso de um mesmo nome para designar desde normas jurídicas formuladas de modo abstrato até instrumentos não normativos, desde atos produzidos por Estados até outros forjados por associações civis, pode gerar equívocos. Nesse sentido, Michael Reisman lembra que o grau de coercitividade do direito internacional varia ao longo de um *continuum* muito mais complexo que o sugerido pela dicotomia *hard/soft law*.¹⁵²

Assim, mais uma vez, revela-se a pertinência de nossa argumentação central, no sentido de que todo este contexto de complexidade da normatização internacionalizada, conquanto exerça notória influência sobre arcabouço normativo dos Estados, não elimina a necessidade de regulação interna, com força coercitiva direta sobre o território, mesmo que, preferencialmente, com conteúdo semelhante ou mesmo complementar ao consenso dos princípios da comunidade internacional.

Na hipótese analisada por nossa pesquisa, qual seja, a evolução legislativa da situação migratória no contexto do Brasil, parece-nos claro que tais elementos de convergência entre a complexidade da internacionalização do direito e o método analítico do Direito Administrativo Global, podem ser avocados como pressupostos teóricos, mas também reais, da conjunção destes dois sistemas conceituais jurídicos, para a elaboração de um novo marco regulatório do problema migratório em nosso país, como de resto, defenderemos no último capítulo da presente argumentação, vem acontecendo.

2.3 A não criação da Autoridade Nacional Migratória como exemplo frustrado do que poderia ser uma aplicação prática de princípios do Direito Administrativo Global

Problema que desperta grande preocupação no panorama migratório global é a questão da seguridade social. Ressalte-se que, ainda quando a relação do migrante se dá de maneira regular em relação ao Estado receptor, a questão previdenciária assume dimensões que ultrapassam fronteiras internas e ganham o potencial de atingir outros sistemas, no mínimo, do país de origem do migrante, gerando o complexo problema da equalização de sistemas e aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições, distribuídas entre países diversos.

¹⁵² ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti - Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional – Ed. Atlas, 2014. p. 13

Neste ponto, propomos uma visita à doutrina alemã¹⁵³, de Schimdt-Assmann¹⁵⁴ que, ao tratar da temática relativa a novas dimensões da internacionalização do direito administrativo, distingue quatro formas de relações administrativas internacionais, quais sejam: a) a cooperação bilateral; b) fontes organizativas regionais; c) formas organizativas de alcance mundial e d) redes informais de autoridades.

Nossa intenção é nos debruçarmos mais detidamente sobre a primeira hipótese – cooperação bilateral – e utilizar o exemplo da proposta de criação da Autoridade Nacional Migratória, doravante designada ANM, que constava do projeto apresentado ao Congresso Nacional, mas que, lamentavelmente, foi retirado do respectivo projeto de lei ora em tramitação (e que será objeto de maior análise no Capítulo 3 do presente trabalho), para demonstrar que referida proposta se harmonizava com a tese aqui defendida, de que o novo marco regulatório brasileiro deveria incorporar elementos principiológicos apontados pela ótica do Direito Administrativo Global, em sua abordagem da questão migratória a partir dos direitos humanos.

O conceito de cooperação bilateral, como visto na doutrina de Schimdt-Assmann, passa, necessariamente, pela presença de duas características básicas, a saber: dá-se tradicionalmente pela elaboração de *Tratados Administrativos Internacionais*, os quais tem sua materialização pela assinatura de *Acordos Bilaterais*. Mencionados acordos bilaterais, por sua vez, são, normalmente, firmados pelos entes administrativos aparelhados devidamente para a realização da finalidade a que se propõe.

Ao tratar de referida questão da assistência social, sob a ótica do Direito Administrativo Global, HEILMANN explicita que no âmbito dos acordos internacionais de previdência social, as autoridades administrativas “*são responsáveis pela designação de entidades em seus países, denominadas Organismos de Ligação com a função de estabelecer comunicação, interna e externa, e garantir o cumprimento das solicitações*”¹⁵⁵

Em síntese, podemos afirmar que *Organismos de Ligação* são aqueles que se responsabilizam pelo exame, controle e resposta ao requerente. Verificam os dados

¹⁵³ HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o Novo Direito Administrativo*. Curitiba. Juruá Editora. 2010. p. 145

¹⁵⁴ SCHMIDT-ASSMANN, E. La Ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas. In: RAP, n. 171, p. 4-11, 2006. apud HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o Novo Direito Administrativo*. Curitiba. Juruá Editora. 2010. p.145-146

¹⁵⁵ HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o Novo Direito Administrativo*. Curitiba. Juruá Editora. 2010. p. 151

deduzidos, apontam a necessidade de complementação documental e fornecem todo o tipo de orientação necessária a quem lhe dirija uma petição pertinente ao benefício, no caso, previdenciário, previsto no acordo bilateral. O controle que realiza engloba todos os aspectos do pacto entre Estados, inclusive, com a expedição de certificado de deslocamento inicial, com competência para encaminhar as solicitações e expedir autorização de prorrogação de deslocamento efetuado por cidadãos domiciliados em seus territórios estaduais, referente ao respectivo País-acordante.

Por esta razão é que destacamos o aspecto pragmático de efetivação da vontade da lei, que aconteceria caso fosse adotada a proposta de criação deste órgão institucional para governança da questão migratória no Brasil que o projeto tem denominado Autoridade Migratória Nacional. Como já se afirmou, tais expectativas não se confirmaram no projeto aprovado no Senado e ora em tramitação na Câmara.

Dentre as vantagens verificáveis da implementação da Autoridade Nacional Migratória, poderíamos destacar, a possibilidade de concentração dos temas relacionados à migração em um órgão oficial apenas, ao contrário do que ocorre na ordem jurídica atual onde o exame destas questões está vinculado a diferentes órgãos ministeriais, o que não condiz com a relevância considerável da questão.

A conseqüente criação de uma carreira de funcionários públicos especializados na temática das migrações, tem o condão de possibilitar um tratamento mais eficiente e ao mesmo tempo humanitário, mediante treinamento e formação específica deste corpo funcional, diferentemente do que se tem hoje, ou seja, um tratamento policial a partir de uma delegação da competência migratória sobretudo da polícia federal. Seria, portanto, evidente o avanço em direção à igualdade e aos direitos humanos quando a situação do migrante deixa de ser caso de polícia para se tornar questão administrativa com perceptível isonomia de tratamento com a cidadão nacional.

Até porque, conforme aponta HEILMANN em seu estudo ora analisado, aponta a tendência negativa de que, na medida em que aumenta o fluxo migratório, diminui a observância dos Convênios Internacionais promulgados, tanto pela OIT (Organização Mundial do Trabalho), quando pela ONU (Organização das Nações Unidas)¹⁵⁶. Daí, mais uma vez, a importância de um órgão mais especializado e que trate da questão como um todo,

¹⁵⁶ HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. Globalização e o Novo Direito Administrativo. Curitiba. Juruá Editora. 2010. p. 154

tendo certa autonomia para interagir, inclusive, no âmbito internacional, como seria o caso desta autarquia. Passível de críticas, portanto, a lacuna trazida ao projeto de lei ora em tramitação no legislativo.

De outra banda, contudo, mais uma vez se verifica a importância contínua dos elementos apontados no bojo do DAG, quais sejam, as atuações de entidades públicas ou privadas, da legislação administrativa própria e da constante procura de implementação dos parâmetros internacionais, relativamente à observância do tratamento humanitário ao imigrante no território brasileiro, até mesmo porque, como restou demonstrado no presente tópico, mesmo a previsão no contexto da norma formal não garante a efetiva criação de um órgão administrativo, é necessário o empenho e o envolvimento do Poder Executivo e, quando ele não ocorre, a sociedade e seus problemas concretos não podem esperar. Daí, a necessidade de movimentação de outras forças sociais, como as que são identificadas no contexto do Direito Administrativo Global.

2.4 Redes informais de autoridades e Formas organizativas de alcance mundial como exemplos das possíveis contribuições do Direito Administrativo Global para a questão migratória

Neste ponto, ainda com os olhos em Schimdt-Assmann, gostaríamos de retomar o exame a partir do destaque dos dois últimos elementos acima citados, ou seja, as redes informais de autoridades e as formas organizativas de alcance mundial, para destacar, em recorte exemplificativo, o papel das organizações não governamentais, como atores do panorama do Direito Administrativo Global, que forte possibilidade de influenciar positivamente no contexto de crise migratória. De se ressaltar que novos atores transnacionais têm modificado e minorado o monopólio da atuação do Estado que, por sua vez, já não consegue responder efetivamente a todas as demandas que nova ordem internacional, os avanços tecnológicos, os fluxos migratórios e a comunicação em tempo real produzem.

Em resumo elucidativo da questão, podemos destacar o pensamento de Tomassini¹⁵⁷, que aponta as características de uma redefinição renovadora dos papéis dos atores não-estatais nas relações internacionais hodiernas. Tais relações, na percepção do citado autor,

¹⁵⁷ TOMASSINI, L. 1984. El proceso de transnacionalización y las relaciones externas de América Latina. _____. (comp.). Transnacionalización y desarrollonacional en América Latina. Buenos Aires : Grupo Editor Latinoamericano.

apresentam: a) grande diversificação de centros de poder, cuja atuação deixa de ser pensada em função do Estado para incorporar a sociedade civil organizada; b) fazem surgir uma agenda de discussões internacionais ampliada e menos hierarquizada, com uma consequente estrutura de definição menos centralizada e, c) apresentam um modelo de gestão dos novos problemas internacionais por múltiplos agentes, distintos do Estado.

Com efeito, o papel desempenhado por determinadas organizações não governamentais apela para a noção de *influência* em contraposição à imposição do *poder*, característico da atuação clássica estatal. A propósito, destacamos a diferenciação entre estas duas possíveis formas de modificação do contexto internacional, a saber: o uso do poder e o convencimento pela influência, conforme propõe o professor Rafael A. Duarte Villa¹⁵⁸.

Para o referido autor, a diferença básica entre as duas formas de atuação seria que, os atores estatais no plano internacional servem-se de dois meios de atuação: a) os meios violentos (coerção) e os meios não-violentos (consenso), o primeiro relacionado ao poderio bélico do agente estatal e o segundo à sua capacidade diplomática e de produzir boa regulamentação legal. Já aos atores não estatais, como o universo das organizações não governamentais, restaria, tão somente, o poder de persuasão, por meio das ideias que defendem. Citamos, por oportuno, o seguinte trecho de suas conclusões quanto à ideia de *influência*:

Dessa forma, a existência da coação, condição necessária embora não suficiente do poder político, representa a diferença entre poder e influência: um ator tem poder de mando, em última instância, na medida em que controla a coerção física; quando carece desta, mas se vale de meios consensuais para conseguir o objetivo de encontrar obediência nas vontades alheias, tem influência. Parodiando Maquiavel, poder-se-ia expressar que só resta aos modernos profetas sem armas, ao estilo das ONGs, fundamentalmente, o expediente da influência. Assim, a especificidade da influência é equivalente ao que Weber chamou de ação politicamente orientada: “Diz-se que uma ação é politicamente orientada quando e na medida em que tende a influir na direção de uma associação política, particularmente na apropriação ou expropriação, na nova distribuição ou atribuição dos poderes governamentais”¹⁵⁹

¹⁵⁸ VILLA, Rafael A. Duarte - FORMAS DE INFLUÊNCIA DAS ONGs NA POLÍTICA INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEA – Revista de Sociologia e Política nº 12 – disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n12/n12a02.pdf> – acesso em 03/03/2016

¹⁵⁹ VILLA, Rafael A. Duarte - FORMAS DE INFLUÊNCIA DAS ONGs NA POLÍTICA INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEA – Revista de Sociologia e Política nº 12 – P. 23 - Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n12/n12a02.pdf> – acesso em 03/03/2016

Ora, tais características se coadunam harmoniosamente com os elementos formativos da concepção do DAG, e descrevem um dos principais aspectos de sua possível contribuição para o contexto da problemática migratória internacional. Destarte a atuação das organizações não governamentais, entidades autônomas não vinculadas ao poder estatal e que atuam a partir do *convencimento* da sociedade internacional de que é possível uma atuação nova e diferenciada para o contexto da dramática situação migratória internacional.

Dentre aquelas que tem influência global, podemos destacar, apenas exemplificativamente, a atuação de:

Médicos Sem Fronteira (MSF), organização humanitária internacional e independente que leva ajuda médico-humanitária a pessoas afetadas por conflitos armados, epidemias ou desastres naturais e que, recentemente, tem se envolvido com o resgate de refugiados perdidos em alto mar. Anistia Internacional, movimento global independente e presente em mais de 150 países, criado há mais de cinco décadas e tem foco na preservação e promoção dos direitos humanos. Comitê Internacional da Cruz Vermelha, com mais de um século e meio de existência, com atuação em todos os continentes, com atuação em face das vítimas de confrontos armados.

O Direito Administrativo Global, como explicitado anteriormente, ocupa-se da promoção da interação da atuação conjunta destas forças sociais, quer vinculadas ao poder estatal tradicional, ou às organizações internacionais de caráter diplomático como os comissariados da ONU para a questão migratória ou, ainda, a estas institucionais privadas ou híbridas, e é exatamente neste contexto que parece trazer em seu bojo, a maior possibilidade de influência na gestão supranacional destes problemas.

CAPÍTULO 3

A CONSTRUÇÃO DO NOVO MARCO REGULATÓRIO MIGRATÓRIO BRASILEIRO E SEU POTENCIAL DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O presente capítulo se propõe a apresentar um exame do ambiente normativo de regência do fenômeno migratório no contexto brasileiro. Partimos da percepção de que o texto constitucional do Brasil delimita de maneira bastante positiva a questão, tratando o problema sob o prisma da primazia dos direitos humanos.

Não obstante, ao compararmos a regulação da matéria no corpo da Constituição de 1988, com o arcabouço da legislação infraconstitucional vigente – com destaque para o Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6.815/80 – evidencia-se a discrepância entre estas duas esferas hierárquicas de nossa legislação interna, ao tratar da temática migratória. O exame das razões desta discrepância é, assim, um dos pontos do capítulo.

Passamos a apresentar, então, a Convenção Internacional sobre a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias como elemento normativo transnacional e inspirador da construção do novo marco regulatório migratório do Brasil. Referido poder de inspirar a formação da nova legislação migratória brasileira aponta para uma consonância com as ideias de complexidade, internacionalização do Direito e do Direito Administrativo Global, tratadas no capítulo anterior, ainda que a Convenção não tenha sido incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em decorrência da negativa do Poder Executivo de assiná-la e, também, pela ausência de sua ratificação pelo Congresso Nacional.

Em continuação, propomos uma análise do Projeto de Lei 2515/16, que tramita na Câmara dos Deputados, após já ter sido aprovado pelo Senado Federal, com destaque para as inovações positivas que apresenta, tendentes à promoção de uma maior harmonização da legislação ordinária com o texto constitucional.

Por fim, apresentamos as contribuições do Ministério Público Federal para o andamento deste penoso processo de implementação do novo marco regulatório para migrações, com destaque para a atuação do Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão.

3.1 O migrante e a primazia dos direitos humanos na Constituição Brasileira

Obviamente, em se tratando de estudo que tem como principal foco o problema dos fluxos humanos internacionais está percepção nunca será, apenas, interna. Ao contrário, a posição de qualquer país quanto a esta temática sempre estará relacionada a um contexto maior do que as suas próprias fronteiras.

Assim, o que busco demonstrar neste momento da pesquisa é o arcabouço constitucional brasileiro para os não nativos que venham a ingressar em nossa nação, sob qualquer pretexto ou em qualquer condição. Importante, também, no momento, destacar que o recorte do presente tópico se dará em relação ao texto constitucional, uma vez que a legislação ordinária específica será objeto de exame no capítulo terceiro do trabalho.

Nossa Norma Fundamental tem sido, repetidas vezes e por diversos estudiosos do tema, considerada moderna e abrangente quanto às questões relacionadas aos direitos e garantias fundamentais. Parece não haver dúvidas de que se trata de uma elaboração normativa constitucional bastante consistente neste ambiente, configurando-se como firme fundamento para os direitos humanos.

Nesse contexto, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro consubstancia rol considerável de garantias ao indivíduo, independentemente de sua condição de nacional ou não nacional. É exatamente em seus postulados de defesa incondicional do princípio da isonomia que a Constituição Brasileira estabelece o parâmetro fundamental da igualdade de condições entre o estrangeiro (terminologia utilizada na norma constitucional) e o brasileiro.

O precioso artigo 5º. da Constituição de 1988 determina, sem qualquer sombra de dúvidas, a igualdade de todos 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”*.

Veja-se que, dos valores relacionados no dispositivo acima transcrito – vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade – vislumbra-se o arcabouço básico de direitos fundamentais que o texto político brasileiro busca resguardar, ao passo em que os disponibiliza para toda e qualquer pessoa que se encontre em seu território. Não é outra a leitura que devemos fazer da expressão “residente” no País, segundo a lição de Maritza

Farena que explica que o mencionado termo significa, tão somente, “*a presença no território nacional, não se confundindo com a efetiva fixação de domicílio ou permanência legal*”.¹⁶⁰

Este, também, o entendimento doutrinário de Celso Ribeiro Bastos que, comentando o artigo, assim se posiciona:

A nós sempre nos pareceu que o verdadeiro sentido da expressão é deixar certo que esta proteção dada aos direitos individuais é inerente à ordem jurídica brasileira. Em outras palavras, é um rol de direitos que consagra a limitação da atuação estatal em face de todos aqueles que entrem em contato com esta mesma ordem jurídica. Já se foi o tempo em que o direito para os nacionais era um e para os estrangeiros era outro [...] a proteção que é dada à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade é extensiva a todos aqueles que estejam sujeitos à ordem jurídica brasileira. É impensável que uma pessoa qualquer possa ser ferida em um destes bens jurídicos tutelados sem que as leis brasileiras lhe dêem a devida proteção.¹⁶¹

É interessante notar que a abordagem de outros doutrinadores aponta para a interpretação de que o dispositivo em comento se volta, na verdade, para a determinação do espaço de aplicação dos direitos e garantias protegidos pela Constituição Brasileira, ou seja, o que o artigo 5º está estabelecendo, a rigor, é que, dentro do território brasileiro, qualquer pessoa, nacionais ou estrangeiros, devem ser respeitadas em seus direitos humanos fundamentais. Esse o pensamento de Alexandre de Moraes, ao explicar que a expressão “residentes no Brasil” deve ser interpretada “*no sentido de que a Carta Federal só pode assegurar a validade e gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro, não excluindo, pois, o estrangeiro em trânsito pelo território nacional*”.¹⁶²

Corroborando a lição da doutrina, a Corte Suprema tem posição idêntica. Em decisão proferida no julgamento do HC 94.016¹⁶³, relatado pelo Ministro Celso de Mello, o Supremo

¹⁶⁰ FARENA, Maritza Natalia Ferreti Cisneros. Direitos Humanos dos Migrantes. Curitiba: Juruá, 2012. p.119

¹⁶¹ BASTOS, Celso Ribeiro – Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989. 2 v. p. 4

¹⁶² MORAES, Alexandre – Direito Constitucional – 24ª. Ed. São Paulo. Atlas. p. 34-35

¹⁶³ HC 94016 / SP – Rel. Min. CELSO DE MELLO - Segunda Turma - DJe- 26-02-2009. Ementa: “O súdito estrangeiro, mesmo aquele sem domicílio no Brasil, tem direito a todas as prerrogativas básicas que lhe assegurem a preservação do status libertatis e a observância, pelo Poder Público, da cláusula constitucional do due process. O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do habeas corpus, em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. A condição jurídica de não nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso País não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes. Impõe-se, ao Judiciário, o dever

Tribunal Federal consolidou a interpretação extensiva para os estrangeiros, do arcabouço de direitos e a garantias individuais previstos na carta constitucional. Os princípios garantidores dos direitos humanos reconhecidos no citado julgamento englobam, dentre outras, a garantia ao devido processo legal, da ampla defesa e da igualdade em relação aos nacionais, com a ênfase de que: *“a condição jurídica de não-nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório”*.

Igualmente merece destaque na análise dos direitos constitucionalmente garantidos à pessoa do migrante dentro das fronteiras brasileiras, o § 2º do art. 5º, ora examinado, que estabelece que o rol dos direitos nele numerados é de não tem caráter taxativo, na medida em que não excluem *“outros direitos do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a república do Brasil seja parte”*.

Há ainda, na disposição dos objetivos fundamentais da República, presente no art. 3º da Constituição de 1988, conforme inciso IV, o intuito de *“promover o bem de todos, sem preconceitos”* de qualquer ordem e, em especial, preconceitos relativos à origem. Por fim, é de entendimento cediço que, além de todos os incisos do art. 5º, também são extensivos aos não nacionais os direitos sociais garantidos no art. 7º da Constituição Federal.

A junção de todos estes preceitos normativos constitucionais revela a enorme abrangência que o legislador constituinte quis dar ao campo de direitos e garantias individuais e dos direitos humanos de seus cidadãos, sem, contudo, deixar de estender igual gama de direitos a todos que se encontrem em seu território, inclusive, à figura específica do migrante internacional.

Portanto, não duvidamos da realidade de que há garantias suficientes, no bojo da Constituição Federal, para resguardar o mínimo de direitos, em homenagem à dignidade humana, de todo e qualquer não nacional, vale dizer, migrante, que se encontre no território brasileiro. Esta – a busca da garantia de um mínimo de direitos humanos – é o que defende a presente investigação científica. Contudo, a pesquisa tem demonstrado que, embora existente, o sistema constitucional garantidor de tais direitos fundamentais não se revela

de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante.”

satisfatoriamente suficiente para diminuir as dificuldades práticas enfrentadas, em especial, pelos migrantes em situação de irregularidade.

Conquanto seja possível e viável a busca pela proteção do Poder Judiciário que, quando provocado, tem respondido de maneira adequada nos moldes do que o texto constitucional garante, tal necessidade de provocação da Justiça para a concretização do mínimo direito fundamental revela-se problemática. Com efeito, normalmente, os imigrantes se tratam de pessoas com enormes limitações financeiras e impensáveis dificuldades de acesso à máquina jurídica estatal. Basta lembrar que são indivíduos que se encontram à margem da legalidade ordinária e, assim, muitas vezes sentem-se ameaçados pela possibilidade de deportação e, por conseguinte, amedrontados em relação à procurar de ajuda em órgãos oficiais, muitas vezes vinculados, no caso atual do Brasil, à estrutura de segurança pública.

Verifica-se uma considerável distância entre a norma constitucional e a prática diária da vida do imigrante que se concretiza no emaranhado de, pelo menos, três realidades observáveis no seu dia a dia: a) uma legislação ordinária ultrapassada e retrógrada, discrepante da norma constitucional; b) uma estrutura administrativa burocrática e repressiva, de índole policial e c) a fragilidade da situação de vulnerabilidade social do migrante irregular que se vê entre a cruz da máquina estatal repressiva e a espada do abuso de pessoas mal intencionadas que buscam explorar sua vulnerabilidade.

Acreditamos que o primeiro passo para amenizar estas realidades é o enfrentamento da primeira questão. Para tanto, faz-se necessária uma análise das desarmonias entre a Constituição e a legislação ordinária migratória.

3.2 A discrepância entre o texto constitucional e a legislação ordinária migratória no Brasil

As críticas dirigidas ao Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80), começam desde a nomenclatura utilizada para designar o não nacional que se encontra em território brasileiro. Isto porque, chamar este indivíduo de estrangeiro, segundo argumentam os estudiosos do tema, revela, de pronto, o caráter preconceituoso com que o Brasil, sob o ponto de vista desta legislação ordinária, trata a questão migratória. O termo, estrangeiro – do *latin extraneus* –

carrega a ideia de impropriedade ou estranheza. Trata-se daquele que não pertence à comunidade, pois dela é alheio.

De fato, cuida-se de legislação promulgada ainda sob a égide do antigo regime militarizado, com forte influência das percepções internacionais relacionadas à chamada Guerra Fria, polarizada disputa entre o capitalismo Norte-americano e o socialismo da União Soviética, hoje, já inexistente.

Diante deste panorama global da época de sua elaboração, a referida legislação busca seus fundamentos e motivos no paradigma da segurança nacional, mesmo que em detrimento da dignidade da pessoa humana, vetor essencial dos direitos humanos, impondo uma série de restrições às possibilidades de residência no território brasileiro, além de controles burocráticos demasiados, para aqueles que buscam fixar-se no país. Com efeito, o nítido intento da lei era o de resguardar o Estado militar brasileiro das ameaças socialistas ou comunistas oriundas do leste europeu.

Desse modo, percebe-se que suas disposições apontam restrições que, no contexto moderno, com a enorme evolução da concepção dos direitos humanos no ambiente internacional, revelam-se anacrônicas e obsoletas. Vejamos, por exemplo, o teor de seu artigo segundo, que dispõe:

Art. 2º - Na aplicação desta 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

O conteúdo do dispositivo aponta para percepções preconceituosas em relação ao imigrante, tais como, a possibilidade de que a sua presença no território nacional configure real ameaça ao cidadão brasileiro, visto que, textualmente, se propõe à “defesa” de seu trabalho. Tal pressuposição de ameaça parece estar presente em toda a generalidade do texto legal que, efetivamente, como anuncia em seu artigo segundo, buscará precipuamente a defesa da segurança nacional. A propósito, Farena adverte:

É evidente a contradição entre o Estatuto, que coloca em primeiro plano a Segurança Nacional, encarando o imigrante como uma ameaça à coletividade, e a Constituição, que consagra a dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, assegurando desde o seu Preâmbulo: “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a

segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna e pluralista”¹⁶⁴

Também em seu artigo 3º, a lei deixa claramente assentado que somente concederá visto, ou sua prorrogação e transformação, em hipóteses “*sempre condicionadas aos interesses nacionais*”.

De igual modo, no parágrafo único¹⁶⁵ do artigo 16º, o Estatuto estabelece que a imigração terá como objetivo primordial propiciar mão de obra especializada. Seu principal interesse é de índole econômica e desenvolvimentista, sem qualquer preocupação efetiva com a dignidade humana. Trata-se de evidente critério discriminatório, estampado no texto legal, que acarreta uma notória maioria de concessão de vistos de trabalho, para técnicos altamente especializados oriundos dos Estados Unidos e da Inglaterra¹⁶⁶, quando não consideramos a especial situação dos refugiados, que tratamento legal diferenciado.

Ademais, constam dos artigos 106 e 107 da Lei ora examinada, diversas restrições que não coincidem com aquelas estabelecidas pela Constituição Federal. Assim, mais uma vez se evidencia a incompatibilidade deste regramento infraconstitucional, diante da promulgação da nova ordem jurídico-constitucional.

O que se vê, portanto, na principal legislação ordinária vigente no país, já em pleno desenvolvimento do novo século, é a continuidade do tratamento não igualitário, com notório caráter de discriminação e claro distanciamento dos valores protetivos dos direitos humanos, de maneira bastante diversa dos princípios adotados pela Constituição de 1988. Neste contexto, concluem os doutrinadores aqui examinados, configura-se uma enorme dificuldade, especialmente para imigrantes de origens mais humildes, para a regularização e o acolhimento.

A ênfase da lei ordinária e sua atrasada preocupação com a segurança e o protecionismo alimenta a vulnerabilidade da situação do imigrante que vê na norma positivada um grande

¹⁶⁴ FARENA, Maritza Natalia Ferreti Cisneros. Direitos Humanos dos Migrantes. Curitiba: Juruá, 2012. p. 152

¹⁶⁵ A imigração objetivará, primordialmente, propiciar mão de obra especializada aos vários setores da economia nacional, visando à Política Nacional de Desenvolvimento em todos os aspectos e, em especial, ao aumento da produtividade, à assimilação de tecnologia e à captação de recursos para setores específicos. (Artigo 16º, parágrafo único. Redação dada pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)

¹⁶⁶ A propósito, ver artigo de Maria Carolina M. Morales – A problemática da mão-de-obra estrangeira no Brasil e suas implicações. Disponível em: http://www.correiadasilva.com.br/pdf/art_tra/art_tra_2.pdf - acesso em 22-11-2015

empecilho para regularização de sua condição. Referida vulnerabilidade acarreta situações de exploração, agressão e ausência de proteção estatal, na medida em que não permite ao imigrante, atemorizado com a ameaça da extradição, a busca pela autoridade policial¹⁶⁷.

O Brasil, assim, mantém uma legislação que o transforma num país de difícil acesso, “*colaborando para o decréscimo nas correntes de imigração regular para o nosso território e paradoxalmente para o aumento da clandestina, que se quer evitar, principalmente em âmbito regional*”.¹⁶⁸

Oportuna, a propósito, a lição de Guilherme Lopes Fernandes, em obra que examina a presença de migrantes bolivianos no contexto da cidade de São Paulo, onde conclui pelo anacronismo do Estatuto do Estrangeiro, enfatizando o caráter prático das limitações que esta lei impõe aos imigrantes:

O Estatuto do Estrangeiro brasileiro fomenta claramente a discriminação e o alijamento dos imigrantes bolivianos da participação plena no espaço público de São Paulo [...] apesar das normas migratórias autoritárias e desfocadas da pessoa humana como valor-fonte, os bolivianos buscam agir e construir politicamente seus significados nos espaços públicos da cidade de São Paulo. A irregularidade que os afeta e não é solucionada adequadamente pelo Estatuto migratório, inadequado ao sistema cogente de proteção dos direitos humanos, apenas intensifica a discriminação, o preconceito e o estranhamento entre eles e sociedade paulistana.¹⁶⁹

Ao analisar a questão migratória em geral, Rosita Milesi e Roberto Marinucci concluem que os problemas relativos às excessivas restrições ao imigrante e da política de seletividade que visa principalmente um alto nível de qualificação, ou um elevado poder de consumo – ambos, presentes no conteúdo normativo do Estatuto do Estrangeiro ora examinado – acabam por produzir o fenômeno da “invisibilidade”, ou seja, em situação

¹⁶⁷ Enquanto redigimos o presente capítulo, assistimos na edição da Jornal Nacional que foi ao ar no dia 20-11-2015, reportagem sobre os constantes assaltos a imigrantes bolivianos, haitianos ou africanos que tentam trabalhar como vendedores ambulantes no bairro paulista do Brás, vítimas de meliantes nacionais. Interessante notar que, ao término da referida reportagem, após flagrante de agressão a um imigrante boliviano por várias pessoas, o repórter constata que a vítima não ousou, ou não achou que fosse oportuno, procurar o policiamento. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/11/flagrantes-mostram-agressao-vitimas-de-furtos-em-sao-paulo.html> - acesso em 22-11-2015

¹⁶⁸ FARENA, Maritza Natalia Ferreti Cisneros. Direitos Humanos dos Migrantes. Curitiba: Juruá, 2012. p. 148

¹⁶⁹ FERNANDES, Guilherme Antônio de Almeida Lopes – Direito à Cidadania. Um Estudo sobre imigrantes bolivianos em São Paulo e Buenos Aires e as principais leis migratórias do Brasil e da Argentina – São Paulo – 2013. p.201. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=W-aiAAQBAJ&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false – acesso em 22-11-2015

irregular, com temor do aparato policial estatal e acuado pelas constantes agressões ao seu patrimônio ou à sua vida, o imigrante irregular passa a uma condição de “não-existência” e, por conseguinte, deixam de ser sujeitos de direitos e se tornam sujeitos a várias formas de violação de sua dignidade.¹⁷⁰

Por esta mesma razão, ressaltam posição da OIT (Organização Internacional do Trabalho), que reconhece que a ilegalidade conduz a uma tal situação de precariedade no país de chegada que os trabalhadores migrantes irregulares *“prestam-se facilmente à extorsão e estão indefesos frente aos abusos e à exploração de empregadores, agentes de migração, burocratas corrompidos e delinquentes organizados”*¹⁷¹

Assim, conclui:

[...] faz-se necessária uma nova lei que trate a migração como um fato social, orientado sob a ótica dos direitos humanos, com o novo conceito de imigrante onde o ser humano não seja simplesmente um estrangeiro, mas um cidadão, detentor de direitos e contribuinte para um Brasil democrático e diverso¹⁷²

3.3 A importância da ratificação da Convenção Internacional sobre a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias

O momento revela-se oportuno para a discussão sobre a ratificação e incorporação da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, como indicativo inequívoco de que o Estado Brasileiro deve, e quer, adequar sua legislação ordinária, aos ditames prestigiadores da dignidade humana, presentes, tanto na nova ordem normativa internacional, como em sua própria Constituição.

Vale lembrar que a referida norma convencional se destaca devido ao ineditismo de prever proteção extensiva, inclusive, aos migrantes em situação de irregularidade no país de acolhimento, visto que em seu bojo aponta taxativamente a necessidade de proteção dos

¹⁷⁰ MILESI, Rosita e MARINUCCI, Roberto – MERCOSUL E AS MIGRAÇÕES. Os movimentos nas fronteiras e a construção de políticas públicas regionais de integração – Migrações Contemporâneas: Panorama, Desafios e Prioridades. p. 33 – Disponível em: http://www3.mte.gov.br/trab_estrang/Livro_Mercosul_e_Migracoes.pdf - acesso em 23-11-2015

¹⁷¹ OIT. En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada. Ginebra, 2004, n. 195, apud: MILESI, Rosita e MARINUCCI, Roberto. Ob. Cit. p. 33

¹⁷² MILESI, Rosita – Por uma nova Lei de Migração: a perspectiva dos Direitos Humanos. p.4 – Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/41/docs/por_uma_nova_lei_migracao.pdf - acesso em 23-11-2015

trabalhadores indocumentados ou irregulares. Por esta razão tem sido considerada como um dos sete instrumentos fundamentais de direitos humanos, especificamente no que toca à sua explícita extensão aos grupos vulneráveis da sociedade¹⁷³.

A dura realidade social brasileira torna-se ainda mais angustiante para o migrante em situação de irregularidade, como exemplificam as situações concretas de nossa história recente, divulgados pelos meios midiáticos, como o trágico episódio do assassinato do menino Bryan Capcha, de 05 anos, filho de imigrantes bolivianos trabalhadores da Rua 25 de Março em São Paulo¹⁷⁴ ou em situações perceptíveis no dia a dia de nossa capital, como o enorme contingente de asiáticos explorados em situações análogas à escravidão na Feira dos Importados de Brasília¹⁷⁵ e a angustiante expectativa de acolhimento de jovens haitianos que buscam refúgio na capital do país¹⁷⁶.

O exame do andamento da proposta de ratificação da Convenção aqui comentada, no âmbito da Câmara dos Deputados, revela a dificuldade de sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional. No mês de julho do ano de 2014 foi elaborada Nota Técnica¹⁷⁷ da Consultoria daquela Casa Legislativa, para avaliação da tramitação da Convenção. Destacamos as seguintes informações quanto ao processo:

O encaminhamento do Executivo para o Legislativo deu-se ainda no ano de 2010, com Exposição de Motivos do Ministério das Relações Exteriores anexada à mensagem da Presidência da República, destacando-se que foi requerida sua tramitação como emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal. Não obstante, não chegou a haver tramitação adequada, nem instauração da necessária Comissão Especial.

¹⁷³ Conforme assevera FARENA: “os outros seis são: O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção para Eliminação do Racismo e Discriminação Racial (CERD), a Convenção contra a Tortura (CAT), a Convenção para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDAW), e a Convenção sobre os Direitos das Crianças (CRC)” - FARENA, Maritza Natalia Ferreti Cisneros. Direitos Humanos dos Migrantes. Curitiba: Juruá, 2012. p. 107

¹⁷⁴ In: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-07-01/secretaria-convoca-reuniao-de-urgencia-para-discutir-situacao-dos-bolivianos-no-brasil> - (acesso em 23.11.2013)

¹⁷⁵ Correio Braziliense – ed. online – Disponível em: http://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/cidades/2010/11/14/interna_cidadesdf,223057/mafia-chinesa-usa-bebes-para-conseguir-cidadania-brasileira.shtml (acesso em 26.03.2016)

¹⁷⁶ Reportagem de capa da Revista Veja Brasília – Ano I/ No. 22 - 06.11.2013

¹⁷⁷ Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados – Nota Técnica - “Tramitação da Convenção Internacional sobre o proteção dos direitos de todos os trabalhadores e dos membros de suas famílias nos Poderes Executivo e Legislativo. (Mensagem 696, de 2010, do Poder Executivo).

Disponível em: http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema3/2014_11685.pdf – acesso em 24/11/2015

Diante dessa inércia na tramitação do projeto, poderia haver a avocação da matéria pelo Plenário da Casa Legislativa, porém, está também não aconteceu. Diante de tantos atrasos em sua tramitação, informa, ainda, a Nota Técnica ora examinada, que nesta fase de tramitação será necessário que o Plenário defina sobre a preclusão da possibilidade de trâmite como emenda constitucional, em caso positivo e havendo aprovação por votação nominal e por *quorum* de deliberação de 3/5, em dois turnos, ela seria encaminhada ao Senado Federal como normativa equivalente à emenda constitucional.

Outra informação relevante constante da Nota Técnica é o fato de que o encaminhamento da Convenção ao Poder Legislativo ocorreu sem que o Poder Executivo tivesse, preliminarmente ao envio da matéria ao Congresso, assinado ou aderido à Convenção. Tal assinatura prévia seria a praxe usual adotada com relação aos atos internacionais em geral, que são costumeiramente enviados ao Poder Legislativo após a assinatura ou adesão *ad referendum* efetuada pelo Poder Executivo. Aqui, todavia, o Executivo preferiu obter o aval legislativo *a priori* deixando, assim, na verdade, o processo indefinidamente sem solução.

Vale lembrar que seria possível a assinatura da Convenção, independentemente do aval prévio do Legislativo, o que ao menos sinalizaria para o Corpo das Nações, o comprometimento do Brasil com o teor do tratado. Efetivado o processo da ratificação, não há qualquer necessidade prática, sendo mesmo dispensada a assinatura e adesão, na medida em que a ratificação se dá por meio do Legislativo que, assim, supre a necessidade do aval. Mas, no caso da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias, o Executivo preferiu não iniciar o processo de inserção do texto convencional pela assinatura, como ocorre na praxe internacional.

Tudo isto revela indiscutível má vontade do Executivo Brasileiro para com a Convenção e certo descaso do Congresso Nacional para com o tema. Como ressalta a Nota Técnica em comentário:

No caso da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, o Executivo preferiu não iniciar o processo de inserção do texto convencional no direito interno pela assinatura do instrumento em âmbito internacional, mas, sim, delegar ao Legislativo a responsabilidade pela adesão brasileira – ou não – a essa avença internacional. Em outras palavras, após refletir por vinte anos a respeito da conveniência e oportunidade de o Brasil assinar e ratificar esse instrumento adotado pela Assembleia Geral da ONU, o Poder Executivo preferiu manifestar a sua intenção a ele aderir por meio do envio

dessa avença à apreciação do Congresso Nacional (o que foi feito em 2010), sem assiná-la previamente.¹⁷⁸

De fato, como temos ressaltado durante toda a presente exposição, a defesa da temática migratória sofre este tipo de lentidão na prática dos Estados envolvidos, uma vez que se cuida do assunto de alta complexidade. A Convenção ora examinada revela esta mesma dificuldade no âmbito internacional.

Com efeito, tendo sido adotada pelo consenso da Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução 45/158, em 18 de dezembro de 1990, ou seja, há quase 25 anos, somente entrou em vigor no contexto normativo internacional no dia 03 de julho de 2003, momento em que o vigésimo instrumento de ratificação foi depositado. Até o mês de julho de 2014, o número de Estados que a ratificaram era de 47 países, principalmente, países exportadores de trabalhadores. Os países tradicionalmente receptores da mão de obra migrante, não a ratificaram. No contexto interno brasileiro, como afirmado anteriormente, já se passaram 25 anos e a Convenção, sequer, foi assinada por nosso Executivo.

Mesmo diante de tantas dificuldades, todavia, tendo em vista que foi aprovada pelo consenso da Assembleia Geral das Nações Unidas e já se encontra em vigor na ordem jurídica internacional como norma positiva de Direito Internacional Público, a Convenção já adquiriu, no contexto transnacional, a condição de costume internacional e, por conseguinte, fonte de Direito Internacional Público¹⁷⁹ formando o elenco dos direitos e garantias individuais.

Ainda assim, defendemos a utilidade do enfrentamento dos entraves legislativos para a ratificação da referida Convenção pelo Brasil, como medida de implementação da diretriz internacional e constitucional de proteção aos direitos humanos, independentemente do critério de nacionalidade.

Acreditamos que sua mera existência e sua condição atual como fonte de Direito Público Internacional já tem possibilitado mudanças na própria filosofia do tratamento do migrante, seja qual for sua condição no país receptor.

¹⁷⁸ Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados – Nota Técnica - “Tramitação da Convenção Internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores e dos membros de suas famílias nos Poderes Executivo e Legislativo. (Mensagem 696, de 2010, do Poder Executivo). p.10

Disponível em: http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema3/2014_11685.pdf – acesso em 24/11/2015

¹⁷⁹ Art. 38, I, b do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Contudo, podemos perceber que a sua ratificação teria grande potencial positivo de influência sobre a produção legislativa brasileira, em especial e inclusive sobre a atual discussão e elaboração da nova lei de imigração do país, notadamente influenciada pelas diretivas de direitos humanos da Convenção aqui analisada – como demonstraremos a seguir.

Outro incremento positivo da ratificação, seria o fortalecimento da imagem do Brasil como líder regional e exemplo, a ser seguido por outras nações, de uma efetiva postura de proteção real aos direitos humanos, independentemente do critério de nacionalidade ou cidadania.

Embora não se desconheça que o critério de reciprocidade em matéria migratória não é considerado obrigatório por muitos Estados, não se pode deixar de admitir que uma postura efetiva e bem fundamentada de proteção irrestrita da dignidade humana pode constituir enorme suporte ético, moral e consuetudinário, capaz de influenciar tratamento semelhante ao enorme contingente de brasileiros emigrantes, em situações de irregularidade em nações estrangeiras.

A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias, portanto, tem sua esfera de influência no Direito Interno, marcadamente, como regulamento inspirador dos princípios de proteção dos direitos humanos, inclusive, defendemos, foi de vital importância e significado na proposta que deu origem ao projeto de lei que tramita no Congresso Nacional, para vigorar como novo marco regulatório do país.

Não obstante, por se tratar de um dos principais instrumentos internacionais de garantia da dignidade da pessoa humana no âmbito internacional, a importância de sua incorporação definitiva e inquestionável ao contexto normativo interno do Brasil, elevaria a condição ética de nossa Nação a um patamar bem mais elevado no contexto internacional e, ademais, facilitaria muito a sua utilização prática para a defesa dos trabalhadores migrantes, que contariam com mais um instrumento normativo eficaz e cogente, para a defesa de seus direitos humanos.

3.4 Análise da nova Lei de Migrações proposta como novo marco regulatório da questão migratória no Brasil

Como decorrência da Portaria nº 2.162/2013, foi criada pelo Ministério da Justiça, a Comissão de Especialistas para elaboração de Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil¹⁸⁰. O trabalho da referida Comissão foi finalizado e com e apresentado ao Ministro da Justiça em julho do ano de 2014. Referido anteprojeto subsidiou o texto do Projeto de Lei do Senado nº 288, de 2013, de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira, aprovado pelo Senado Federal em 04 de agosto de 2015, mesma data em que foi submetido à revisão da Câmara dos Deputados, nos termos do art. 65 da Constituição Federal, dando origem ao atual – **PL 2516/15**¹⁸¹, que institui a Lei de Migração, que se propõe a ser o novo marco regulatório da questão no país.

O exame do citado projeto revela, a nosso ver, importantes avanços no tratamento da questão migratória no Brasil, a partir do prisma da dignidade da pessoa humana, com observância do princípio da igualdade. Evidencia, ademais, em nossa perspectiva investigatória, a influência da moderna perspectiva metodológica característica do Direito Administrativo Global, se considerado que um de seus vetores da apreciação são movimentos transfronteiriços de populações, incluindo-se os refugiados, na lição de HEILMANN¹⁸².

Destacam-se em seu conteúdo cinco características principais, a saber: a) o imperativo de compatibilidade com a Constituição Federal de 1988 e o princípio da convencionalidade; b) promoção de uma mudança de paradigma da legislação migratória brasileira. Até então considerada uma área subordinada aos temas de segurança nacional ou de controle documental do acesso a mercados de trabalho, para abordar as migrações internacionais sob a perspectiva dos Direitos Humanos; c) tentativa de dotar o Brasil de uma coerência sistêmica em matéria de regulação migratória, a partir da compatibilização da legislação infraconstitucional ou texto constitucional de 1988; d) a ampla participação da sociedade na elaboração da proposta; e) efetiva preparação do país para o enfrentamento do momento histórico tendente a um novo ciclo de migrações internacionais em decorrência da globalização econômica.

¹⁸⁰ Disponível, na íntegra, in: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/10947.pdf>

¹⁸¹ Disponível, na íntegra (acesso em 25.11.2015): http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/proposicao_mostrarintegra;jsessionid=6C53641F7BF95397AD08A580D2E5E8D3.proposicoesWeb1?codteor=1366741&filename=PL+2516/2015

¹⁸² HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. Globalização e o Novo Direito Administrativo. Curitiba. Juruá Editora. 2010. p. 172 e ss

De fato, a maior visibilidade que se tem da aplicação adequada do vetor fundamental da igualdade na proposta de inovação regulatória ora examinada, é sem dúvida a migração conceitual – com perdão do trocadilho – da figura do *estrangeiro* para a tipologia jurídica do *migrante*. Tem-se, aqui, efetivamente, o abandono de uma perspectiva de caráter culturalmente pejorativo – *estrangeiro: do latin extraneus – alheio, esquivo, impróprio, estranho* – que segundo a própria apresentação do anteprojeto relaciona-se à ideia de que o sujeito pertence a uma classe juridicamente inferior, uma segunda classe de cidadania. Percepção, está, que perpetra uma injustificável vulnerabilidade à discricionariedade ou, pior, arbitrariedade do Estado.

O rompimento desta visão anacrônica, a partir da transformação paradigmática com a transferência das questões migratórias da área subordinada à segurança nacional para a perspectiva dos Direitos Humanos, consagra o princípio da igualdade, ao menos no âmbito normativo formalmente positivado, o que é indicativo para uma mudança posterior de cultura, tanto de autoridades, como de população.

Como princípios estabelecidos para a política migratória brasileira, o artigo 3º do projeto de lei institucionaliza a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos¹⁸³. Destaca-se, ainda, na definição dos princípios informativos, aquele que, expressamente, determina a não criminalização da imigração¹⁸⁴, fator de extrema importância e efetivação da transformação do próprio paradigma histórico da migração, ou seja, a retirada do foco da questão da segurança em direção à dignidade humana.

Na sequência do mesmo artigo 3º, ainda ganham destaque, princípios como a garantia da reunião familiar; a inclusão social, laboral e produtiva; o acesso igualitário e livre do imigrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social e a promoção e difusão de direitos, liberdades, garantias e obrigações do migrante. Todo este arcabouço aponta uma enorme evolução no tratamento dispensado no ambiente normativo positivado, com a possibilidade de profundas transformações na percepção da sociedade, com a quebra preconceitos, xenofobia, racismo e repúdio de qualquer natureza, como preconiza o inciso II, deste artigo 3º.

¹⁸³ Art. 3º, I

¹⁸⁴ Art. 3º, III

De extrema pertinência para a temática desenvolvida na presente pesquisa, ressalta-se o inciso V, do artigo 3º, que define, como princípio norteador da política migratória “*a promoção da entrada regular e de regularização documental*”. Como insistentemente temos enfatizado no transcorrer da presente explanação, a regularização e documentação própria para a pessoa do migrante nos parece ser o fundamento existencial necessário para o combate às mais variadas vulnerabilidades da condição do migrante.

Tais elementos consubstanciam o aspecto palpável de sua cidadania e, por conseguinte, a liberdade das amarras circunstanciais daquilo que chamamos, anteriormente, de condição de “não-existência”. Com a regularização de sua permanência no Estado receptor e de posse do instrumento de comprovação de sua cidadania, vale dizer, sua documentação apropriada, o imigrante passa a ser titular efetivo de direitos e obrigações e, nessa medida, pode procurar com maior segurança a realização dos primeiros e se submeter, com a tranquilidade que teria um nacional, às últimas.

Assim, quando, por ventura, for vítima de abusos e exploração por parte de autoridades ou daqueles que violam a lei para prejudicá-lo na expectativa de impunidade, o imigrante terá a possibilidade de reação uma vez que não subsistirão os fatores, hoje comuns, do medo da extradição ou da violência contra a sua família, para impedi-los de buscar amparo no aparato protetivo do Estado. Quer-nos parecer que a aplicação de medidas efetivas de regularização da condição migratória, tem efetivo potencial de torna possível vislumbrar uma eficaz diminuição dos aspectos de segurança tratados no Capítulo 1 do presente estudo.

Com a permanência regular no território nacional, o imigrante que se encontrar em situação de risco diante da exploração de sua força laboral poderá recorrer às autoridades competentes que, assim, exercerão seu papel no combate ao trabalho escravo. Do mesmo modo, em todo momento em que o imigrante for vítima de situações que aviltem a sua cidadania e dignidade como pessoa humana, estará coberto pelo véu da legalidade que o autoriza a reagir adequadamente dentro do sistema jurídico protetivo do Estado.

No setor produtivo, a absorção da mão de obra também gozaria dos benefícios da regularização, com o incremento da cadeia de obrigações tributárias a partir do processo de formalização das contratações. Os valores monetários adquiridos pelos trabalhadores imigrantes já não necessitariam serem guardados em casa, gerando enorme insegurança, assaltos e, inclusive, a morte do imigrante ou de seus familiares, pois estes já estariam aptos à

movimentação financeira normal, no bojo do sistema bancário. Também a situação de mulheres e crianças seria melhor equacionada, na medida em que deixassem de ser “invisíveis” para o sistema jurídico regular. Todos estes são apenas alguns dos exemplos que podemos utilizar para demonstrar o altíssimo potencial positivo que o inciso ora examinado pode promover com sua vigência.

Destarte, o projeto pode contribuir para implementação do princípio da igualdade, no tratamento dispensados aos nacionais e aos imigrantes, quando, por exemplo, prevê o visto para companheiros, passando a considerar a união estável de pessoas de sexo oposto e do mesmo sexo. Quanto a isto, a base principiológica¹⁸⁵ e os direitos e garantias previstos na proposta¹⁸⁶. Inova e avança rumo à igualdade de tratamento, também, pela possibilidade de concessão de visto, para reunião familiar¹⁸⁷.

Vê-se, pois, a coerência da proposta com o imperativo de direito fundamental da igualdade, independente da condição ou país de nascimento, como requer toda a base conceitual doutrinária e jurisprudencial, já exposta no presente trabalho.

Contudo, a análise do projeto ora em tramitação na Câmara dos Deputados, revela pontos negativos, até mesmo decepcionantes. Destacamos dois deles como exemplo:

A primeira situação passível de crítica no PL 2516/15 refere-se à manutenção, no bojo da nova lei de migrações, de matéria típica do universo jurídico penal, ou seja, a regulamentação contida em seus artigos 81 a 105¹⁸⁸, relacionadas à cooperação internacional em matéria penal, especificamente, as questões relativas à extradição, transferência de pena e transferência de pessoa condenada.

A crítica específica à presença destes dispositivos no projeto de lei refere-se ao seu caráter inapropriado no âmbito de legislação que se propõe a inovar relativamente ao tratamento retrogrado da questão migratória como atividade criminosa.

¹⁸⁵ Art. 3º, VIII - garantia do direito a reunião familiar dos imigrantes e IX – igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e seus familiares;

¹⁸⁶ Art. 4º, III – direito à reunião familiar dos imigrantes com seus cônjuges e companheiros, filhos, familiares e dependentes;

¹⁸⁷ Art. 14, IX

¹⁸⁸ Cuida-se do Capítulo IX da Lei, que é formado pelas seguintes seções: Seção I – Da Extradicação (arts. 81 a 99); Seção II – Da Transferência e Execução da Pena (arts. 100 a 102) e Seção III – Da Transferência de Pessoas Condenadas (arts. 103 a 105)

Abordaremos esta crítica com maiores detalhes quando tratarmos da atuação do Ministério Público Federal e sua contribuição para construção do novo marco regulatório da migração no Brasil.

O segundo exemplo de incoerência do novo texto normativo repousa na omissão relativa à proposta de criação de uma entidade específica, dentro a estrutura administrativa, para a consecução da política de migração.

Falamos do que continha o Anteprojeto¹⁸⁹ elaborado pelo Grupo de Especialistas, que propunha a criação de uma estrutura administrativa específica para governança das migrações no território nacional, um novo organismo administrativo – eis aqui, um efetivo elemento de enorme de interesse do Direito Administrativo Global. O referido Anteprojeto, anunciava a criação da Autoridade Nacional Migratória¹⁹⁰ e, enquanto o estudávamos, no decorrer de nossa pesquisa, deduzíamos a grande importância do advento desta agência administrativa com natureza autárquica e atuação como “*autoridade administrativa independente*”¹⁹¹. Infelizmente, contudo, os dispositivos foram retirados da proposta final, sendo excluídos do Projeto de Lei do Senado nº 288, de 2013 e, conseqüentemente, da sua última versão encaminhada para a Câmara dos Deputados, hoje tramitando como o PL 2516/15.¹⁹²

De se destacar, ainda, que a frustrada proposta trazia em seu bojo aspecto pragmático de efetivação dos princípios diretivos da lei, que a criação de um órgão institucional especializado traria para governança da questão migratória no Brasil. Parece-nos positiva a existência de uma presença institucional estatal que faça cumprir e regule as situações concretas, tratadas de maneira abstrata pela lei, com grande reforço à implementação das grandes novidades trazidas pelo texto legal.

Nesse passo, entendíamos como fundamental a proposta de criação da Autoridade Nacional Migratória - ANM que, nos termos do artigo 72 do Anteprojeto seria “*uma entidade da Administração Pública Federal de regime autárquico especial, vinculada à*

¹⁸⁹ Disponível, na íntegra, em: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/10947.pdf>

¹⁹⁰ Arts. 72 a 107 - “Art. 72. Fica criada a Autoridade Nacional Migratória - ANM, entidade da Administração Pública Federal de regime autárquico especial, vinculada à Presidência da República, com sede e foro no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.”

¹⁹¹ Art. 72, § 2º - “A Autoridade Nacional Migratória atuará como autoridade administrativa independente, assegurando-se-lhe, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência.”

¹⁹² O texto do projeto de lei, na íntegra, está disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F8C743C55B6B78BC5BED2C173ABFC6AE.proposicoesWeb2?codteor=1366741&filename=PL+2516/2015 - acesso em 26.03.2016

Presidência da República, com sede e foro no Distrito Federal, podendo estabelecer unidades regionais.”, com “natureza de autarquia especial conferida à Autoridade Nacional Migratória é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.” (§ 1º, art. 72)

Dentre as vantagens verificáveis da implementação da Autoridade Nacional Migratória, podemos destacar: a) a possibilidade de concentração dos temas relacionados à migração em órgão oficial apenas, ao contrário do que ocorre na ordem jurídica atual onde o exame destas questões está vinculado a diferentes órgãos ministeriais, inclusive de natureza policial, o que não condiz com a relevância considerável da questão; b) a conseqüente criação de uma carreira de funcionários públicos especializados na temática das migrações, que teria o condão de possibilitar um tratamento mais eficiente e ao mesmo tempo humanitário, mediante treinamento e formação específica deste corpo funcional, diferentemente do que se tem hoje, ou seja, um tratamento policial a partir de uma delegação da competência migratória, sobretudo da polícia federal.

Como temos tentado demonstrar nas variadas abordagens até aqui examinadas, parece ser evidente o avanço em direção à igualdade e aos direitos humanos quando a situação do migrante deixa de ser tratada como caso de polícia e passa a ser uma questão de índole administrativa com isonomia de tratamento com a cidadão nacional. Basta lembrar, por exemplo, das enormes dificuldades dos imigrantes, notadamente aqueles sem a documentação adequada, de procurar socorro perante a autoridade policial quando são vítimas de extorsão ou roubo por pessoas que conhecem a precariedade e vulnerabilidade de sua condição.

Outra crítica comum entre imigrantes que aportam no território brasileiro, sejam os empresários em busca de investimentos e lucro, sejam os que aqui aportam em situação de pobreza por questões regionais – reclamação constantemente acolhida pelos estudiosos da área – é a complexidade excessiva e a constante modificação dos procedimentos necessários à regularização de sua situação no território do Brasil. Tal situação seria contemplada, também, pela criação da entidade ora examinada, uma vez que, dentre suas atribuições, estava prevista a criação de procedimentos e gestão institucional especializada das questões migratórias.

Todas estas possibilidades, todavia, foram retiradas do projeto de lei, quando de sua tramitação pelo Senado Federal que, ao final, deixou a proposta de fora de sua votação. Vê-se,

pois, a incoerência desta omissão em relação ao imperativo de direito fundamental da igualdade, independente da condição ou país de nascimento, como requer toda a base conceitual doutrinária e jurisprudencial, já exposta no presente trabalho.

3.5 A contribuição do Ministério Público Federal nas atuações da Procuradoria-Geral da República e da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão

Como determina o art. 127 da Constituição Federal, o “*Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”.

A amplitude e a estatura da instituição revelam-se pela nobreza do rol de incumbências trazidas no texto constitucional. Defesa da ordem jurídica e do regime democrático sem esquecer dos interesses dos interesses sociais e dos indisponíveis para os indivíduos. Com efeito, sua função precípua, que o faz essencial e permanente, é a defesa da sociedade.

Dentro deste contexto o *Parquet* se torna defensor natural daqueles que não dispõem de condições ou força própria, para buscar seus direitos. Por isso, é pertinente sua atuação como defensor da própria aplicação da lei, mas também de situações configuradoras de direitos difusos, que se aplicam a um número indeterminado de indivíduos dentro do contexto social, bem como de interesses metaindividuais, como a defesa da integridade do meio ambiente, do patrimônio público, histórico, artístico e cultural. Todas estas atribuições se vinculam pelo princípio da dignidade de cada membro formador do tecido social, a saber, a dignidade humana.

Nesse passo, é correto afirmar que faz parte de suas funções a defesa dos direitos humanos e, em particular, dos direitos humanos dos migrantes. Como defensor do regime democrático e da ordem jurídica, vale dizer, da ordem constitucional, é fácil concluir que deve estar comprometido com a implementação dos valores acolhidos pela Carta Política que, conforme demonstrado anteriormente, pugna pela observância do princípio da igualdade entre nacionais e imigrantes no espaço do território brasileiro.

Há diversos exemplos de atuação do Ministério Público, por seus diferentes órgãos especializados e suas regiões de competência, na defesa dos direitos da pessoa migrante. Consideramos digna de destaque a atuação do Ministério Público do Trabalho, ramo do Ministério Público Federal, na defesa das anomalias praticadas contra os imigrantes no contexto dos direitos trabalhistas.

Citamos, exemplificativamente, os seguintes casos de atuação do Ministério Público do Trabalho: a) Trabalho indocumentado; b) Tráfico de pessoas para redução análoga à de escravo; c) Tráfico Desportivo; d) Exploração sexual e comercial de crianças e adolescentes; e) Aliciamento para trabalho em condições degradantes/de risco no exterior; f) Trabalho na cadeia têxtil; g) Trabalho em frigoríficos; h) Trabalho na construção civil; i) Trabalho doméstico e em condomínios residenciais; j) Trabalho em embarcações e navios de cruzeiro e Nacionalização do trabalho embarcado; l) Trabalho dos haitianos¹⁹³.

De igual relevância tem sido a atuação do Ministério Público Federal, pela Procuradoria-Geral da República e por sua Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. A seguir, apontamos um exemplo de atuação específica na questão migratória de cada uma destas esferas institucionais do *Parquet* Federal.

3.5.1 A atuação do Procuradoria-Geral da República

Primeiro, retomamos o problema da manutenção do Capítulo IX da Lei de Migrações (PL 2516/15, em tramitação na Câmara Federal), relativo aos aspectos da cooperação internacional em matéria penal. A propósito desta temática, atua o Ministério Público na tentativa de modificar o texto legal, compreendendo a inadequação do tratamento de assuntos penais na mesma norma que cuida da questão migratória.

Para tanto, por intermédio da Secretaria de Cooperação Jurídica Internacional – SCI – que está vinculada ao Gabinete do Procurador-Geral da República e o assiste em assuntos de cooperação judiciária e jurídica internacional com autoridades estrangeiras e organismos internacionais, bem como no relacionamento com órgãos nacionais voltados às atividades

¹⁹³ Para aprofundamento na atuação do Ministério Público do Trabalho, recomendamos o excelente livro: Migrações e trabalho/ Erlan José Peixoto do Prado, Renata Coelho, organizadores. – Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015. 236 p. – disponível em PDF no sítio da internet do MPT - <http://portal.mpt.mp.br>

próprias da cooperação internacional, encaminhou Nota Técnica¹⁹⁴, ainda quando o Projeto de Lei do Senado tramitava naquela Casa Legislativa, propondo a supressão do capítulo relativo à cooperação internacional em matéria penal, e o tratamento da questão em legislação específica.

Argumenta-se, como justificativa para proposição da supressão:

Um exame acurado de referidos artigos, no entanto, revela que estes não se adequam ao sistema processual penal brasileiro, bem como afrontam o disposto pela Constituição a respeito do papel do Ministério Público na tutela dos direitos fundamentais e na sua atuação como titular absoluto da ação penal pública. Além disso, longe de privilegiar a especialização dos órgãos públicos de persecução penal, o projeto mantém o modelo cartorial burocrático hoje existente, que remonta no plano histórico mais recente à Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro). Ao mesmo tempo o projeto ignora avanços já presentes no direito comparado, notadamente no continente europeu, em que o diálogo entre os órgãos de persecução penal é incentivado (diálogo entre pares).¹⁹⁵

A proposta do Ministério Público não foi acolhida no âmbito do Senado Federal, que manteve no bojo da lei os artigos de índole penal. Não obstante, a atuação ministerial perdura, agora na esfera da Câmara dos Deputados. Com efeito, a Secretaria de Cooperação Internacional continua sua participação na discussão do tema. Em recente audiência pública promovida pela Câmara dos Deputados, na Comissão Especial que cuida do projeto que institui a Lei de Migração (PL nº 2516/2015), da qual a SCI participou ativamente, encaminhando, ainda, a mesma Nota Técnica, para defender que o fenômeno migratório deve ser tratado do ponto de vista humanitário e, por isso, a lei não deve abordar cooperação internacional em matéria penal, especificamente extradição, transferência de pena e transferência de pessoa condenada.

A insistência não se baseia em mera teimosia do Ministério Público ou em simples tentativa de ampliação de suas atribuições, ao contrário, atua em defesa de atribuições constitucionais já outorgadas no Texto Máximo de 1988 e em critérios de coerência principiológica do próprio texto do projeto de lei. Por esta razão, justifica sua proposta de supressão asseverando que é necessário considerar que o Projeto de Lei do Senado nº

¹⁹⁴ Nota Técnica SCI/PGR N.02/2015 – Disponível em: http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/Nota%20Tecnica%20SCI%20PGR%20no%202-2015.pdf acesso em 27-11/2015

¹⁹⁵ Nota Técnica SCI/PGR N.02/2015 – p. 01

288/2013 pauta-se pela incorporação da linguagem dos direitos humanos ao tema das migrações e:

Buscou-se, assim, atualizar o tratamento legislativo da matéria afeta às migrações no Brasil, superando-se o paradigma discriminatório insculpido na atual Lei dos Estrangeiros (Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980), a qual trata o estrangeiro como realidade indesejada no Estado brasileiro, aproximando seu tratamento ao direito penal. Naquele momento histórico, justificou-se a introdução da temática da extradição na Lei 6.815 (arts. 76 a 94), pois a retirada compulsória do estrangeiro era um dos objetivos da visão de segurança nacional que imperava. O presente projeto de lei é diametralmente oposto a tal visão, não podendo, então, repetir o vício legislativo do Estatuto do Estrangeiro em vigor.¹⁹⁶

Naquela oportunidade, o Secretário Adjunto, Procurador da República Carlos Bruno Ferreira, defendeu que o Capítulo IX, que cuida da cooperação internacional em matéria penal seja extraído do projeto de lei e tratado em lei própria, considerando que o principal é que o imigrante não seja visto como participante de um procedimento de natureza penal *“mas sim como alguém que, por diversas razões, tem sua dignidade afetada no seu país de origem e precisa de um outro local para transcorrer o resto de suas existências”*¹⁹⁷

No rol de propostas contidas na Nota Técnica ora analisada, há medidas alternativas, para o caso de a cooperação internacional em matéria penal ser mantida na nova Lei de Migrações – situação que não seria ideal, como demonstrado anteriormente. Dentre estas medidas destacam-se diversas mudanças de redação em dispositivos da lei para adequá-los aos seus princípios norteadores e, principalmente, à ordem constitucional vigente.

Tais medidas visam garantir a preservação do princípio acusatório, ou seja, o Ministério Público como exclusivo detentor da acusação penal e em homenagem à sua atribuição constitucional de defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do art. 127 da Constituição da República.

Visam, também, a retirada de quaisquer resquícios de princípio inquisitivo da legislação ordinária proposta e a transferência da atribuição de todas as funções que antes podiam ser confundidas com funções judiciárias ou governamentais, para o Ministério

¹⁹⁶ Nota Técnica SCI/PGR N.02/2015 – p.17

¹⁹⁷ Entrevista concedida ao informativo da Procuradoria-Geral da República. Disponível em: <http://www.internacional.mpf.mp.br/noticias-1/para-mpf-migracao-deve-ser-tratada-do-ponto-de-vista-humanitario-nao-penal/> acesso em 27-11-2015

Público Federal. Outro objetivo das mudanças propostas no projeto, é que dele se exclua todos os resquícios de caráter político da extradição, que já não se justificam mais, sendo suficiente a firme verificação apenas dos seus pressupostos jurídicos uma vez que vivemos uma democracia e não mais em um estado de exceção.

As contribuições para a elaboração da lei trazidas no bojo desta temática de índole penal, objetivam, portanto, em resumo, segundo as palavras do Secretário Adjunto da SCI/MPF, demonstrar que, para o Ministério Público Federal, é de extrema importância diferenciar que:

[...] transferência de execução da pena tem interesse para o Estado requerente e transferência do condenado é medida que, eminentemente, interessa à pessoa do condenado e preserva o caráter humanitário no cumprimento da pena.¹⁹⁸

3.5.2 A atuação da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão

O segundo aspecto investigado é a contribuição da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão – PFDC para a construção do novo marco regulatório das migrações.

Tal contribuição tem contornos de essencialidade quando avaliamos que se encontra na origem do próprio processo de formatação do novo texto legal. Isto porque, o Procurador Federal dos Direitos do Cidadão, Subprocurador-Geral da República Aurélio Veiga Rios, foi membro titular da Comissão de Especialistas¹⁹⁹ designada para elaboração do Anteprojeto de Lei, que deu origem e subsidiou o projeto de lei ora em tramitação.

A PFDC pode ser considerada o braço institucional da Procuradoria-Geral da República, designado para a realização do papel institucional constitucional do Ministério Público Federal, consoante previsto no artigo 129, II da Constituição Federal, ou seja, “*zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia*”.

As características de sua atuação – que não se dá no âmbito judicial visto que nesta esfera já ocorre a normal atuação dos membros do Ministério Público – compreendem o

¹⁹⁸ Entrevista concedida ao informativo da Procuradoria-Geral da República. Disponível em: <http://www.internacional.mpf.mp.br/noticias-1/para-mpf-migracao-deve-ser-tratada-do-ponto-de-vista-humanitario-nao-penal/> acesso em 27-11-2015

¹⁹⁹ Conforme consta em: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/10947.pdf> (p.51)

diálogo e a interação com órgãos de Estado, organismos nacionais e internacionais e representantes da sociedade civil. Entre os temas de atuação direta da PFDC estão questões referentes à Acessibilidade, Acesso à Informação, Alimentação Adequada, Comunicação, Criança e Adolescente, Direito à Moradia Adequada, Direito à Memória e à Verdade, Direitos Sexuais e Reprodutivos, Discriminação, Educação, Idoso, Inclusão de Pessoas com Deficiência, Previdência e Assistência Social, Populações Atingidas pelas Barragens, Reforma Agrária, Saúde, Saúde Mental, Segurança pública, Sistema Prisional, Tortura, Trabalho Escravo, Tráfico de Pessoas. Como se pode concluir, deste largo rol de atividades, o foco é promoção dos Direitos Humanos de forma igualitária, independentemente da condição ou nacionalidade do indivíduo.

O objetivo desta interação com os órgãos públicos é o de persuadir os poderes públicos para a proteção e defesa dos direitos individuais indisponíveis, coletivos e difusos. O elenco destes direitos engloba a dignidade, liberdade, igualdade, saúde, educação, assistência social, acessibilidade, acesso à justiça, direito à informação e livre expressão, reforma agrária, moradia adequada, não discriminação, alimentação adequada, dentre outros, donde se vê a adequação de sua atuação na questão migratória que, ao cabo, busca garantir iguais direitos à pessoa migrante.

No Relatório Anual da PFDC²⁰⁰ do ano de 2014, é possível ter uma visão panorâmica de sua atuação em defesa dos direitos dos migrantes como, por exemplo, a participação em audiência pública no Senado Federal, para discussão acerca dos desafios do Estado Brasileiro para o devido acolhimento ao crescente número de imigrantes que chegam ao Brasil.

Na visão do Procurador Federal dos Direitos do Cidadão, manifesta na oportunidade, o Estado Brasileiro vive uma contradição na atenção ao imigrante, ao dispor de uma legislação ainda do período ditatorial na qual o estrangeiro é visto como uma ameaça à segurança nacional e, ao mesmo tempo, ser signatário dos principais tratados e convenções sobre direitos dos imigrantes, tais como a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados. Conclui, assim, que *“é urgente e necessária uma nova política migratória brasileira, que olhe o imigrante na perspectiva dos direitos humanos”*²⁰¹.

²⁰⁰ Relatório Anual da PFD – Disponível em: http://issuu.com/ccipfdc/docs/relatorio_pfdc_2014 acesso em 27-11-2015

²⁰¹ Relatório Anual da PFD – p.112 – Disponível em: http://issuu.com/ccipfdc/docs/relatorio_pfdc_2014 (acesso em 27-11-2015.)

Em trabalho de campo realizado durante a presente pesquisa, entrevistamos o Procurador Federal dos Direitos do Cidadão que destacou relevantes elementos de sua atuação neste contexto da nova regulação migratória brasileira²⁰²:

Quanto à concepção da lei, esclarece que se trata de uma mudança de visão da figura do migrante. Uma mudança de paradigma uma vez que o Estatuto dos Estrangeiros tem um viés de preconceito em duas pontas: a desconfiança em relação à presença e pessoa do imigrante; e uma visão nacionalista do trabalho. Aponta considerar incrível o fato de uma lei tão ruim ter conseguido durar tanto tempo e conclui que isto só deve ter sido possível porque o Conselho Nacional de Refugiados e outros órgãos conseguiram flexibilizar suas regras por meio de normatização específica e regulamentação normativa que criaram uma interpretação a partir da Constituição, às vezes, até contaria à lei vigente, porém, já não havia interesse em preservar muitos dos aspectos daquela legislação ultrapassada e, assim, tem sido possível administrar a questão. A proposta do Anteprojeto é uma “carta de direitos” do migrante a partir de uma harmonização com a Constituição

Ressalta que há, ainda, um tratamento do imigrante como o estranho quando, na verdade, ele é apenas mais um trabalhador, como aconteceu no início da formação da nação brasileira, quando todos, exceto os indígenas nativos, eram imigrantes. Aduz, nessa linha, que a lei tem um olhar generoso, pois estende para o imigrante, as garantias constitucionais outorgadas ao cidadão nacional, baseando-se no princípio da solidariedade.

Relativamente à proposta – infelizmente não encampada no projeto de lei do Senado – da Autoridade Central Migratória, esclarece que, nos países onde não existe a autoridade migratória, normalmente ditaduras, o aparato policial costuma agir de modo repressivo e não humanitário. Longe de querer intimidar, a intenção é que a nova legislação possa legitimar o migrante, para que tenha acesso à educação, ao sistema de saúde, usufruir, enfim, da cidadania. Lembra a existência de um paradoxo da legislação brasileira, que pune severamente o estrangeiro que praticar vadiagem, mas ao mesmo tempo, não proporciona o direito a uma ocupação legal, impedindo-o de trabalhar regulamente, devido a exagerada proteção ao trabalhador interno.

Assim, compreende que seria excelente a sua formação para que todo o processo de imigração estivesse debaixo de um mesmo guarda-chuva institucional. O imigrante, além de

²⁰² Entrevista realizada em Brasília, no início de agosto de 2015

toda dificuldade com a língua, ainda precisa se desvencilhar da enorme burocracia representada por várias certidões, emitidas por diferentes órgãos. A proposta da Autoridade única seria, então, a intenção de colocar todo o processo, em um único “armário” institucional, esta é a imagem.

Na questão relativa à segurança e ao emprego, o Procurador Federal dos Direitos do Cidadão apontou que:

O tema relativo à usurpação de postos de emprego, parece estar mais relacionado a um discurso típico de uma visão mais radical de direita, utilizado como mecanismo de promoção do medo e do preconceito para o cidadão nacional. Não parece sustentável o temor e, na verdade, grande parte das multinacionais atuam de acordo com os incentivos dos países, se exagerarmos nas restrições aqui, em defesa do trabalhador nativo, a empresa abre sua rede de operações na Malásia, por exemplo. O processo produtivo também está globalizado.

O problema da segurança, em face das crises internacionais e do risco de ações terrorista, é abordado em uma linha semelhante. A segurança, no âmbito da América Latina, não se vê situações do tipo – atentados ou similares – relacionados à figura do migrante. Ao contrário, este tipo de ação normalmente se vincula à atuação do Estado não democrático, o próprio Estado ditatorial agindo contra a sociedade.

Apesar de, em tese, existir sempre a possibilidade de alguma atuação terrorista, pois isto é uma realidade mundial, este risco é menos visível na América do Sul, e a solução para o problema é de “inteligência” policial, não de discriminação generalizada contra imigrantes. Perguntando sobre o que levaria, na realidade brasileira, a um haitiano refugiado a cometer um ato terrorista, conclui que não há indícios de que isto seja possível. Aliás, quanto aos haitianos destaca que não há registro de nenhuma ocorrência policial. Todos estão sendo encaminhados para o trabalho, muitos na atividade frigorífica do Sul do país. Realizam o trabalho que os nacionais já não se dispõem a fazer, por exemplo, no abate de aves. Ou seja, o contingente tem sido absorvido (especialmente antes da crise econômica).

Aduz que o Brasil é, por essência, um país pluriétnico, conforme reconhece a própria constituição e, em regra, acolhe bem. Por isso não teme o terrorismo. Teme, contudo, o problema do racismo pois o discurso da perda do emprego ou do medo ao terror, muitas vezes, disfarça uma percepção racista, especialmente contra o imigrante negro, ou o muçulmano.

Por fim, reafirma a atuação institucional da PFDC na defesa dos direitos humanos, seja do nacional, seja do imigrante. Quanto à Convenção Internacional Sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de sua Famílias, manifesta a preocupação com a sua ratificação, informando a existência de gestões junto ao Congresso Nacional neste sentido.

Em Nota Técnica disponibilizada à presente pesquisa, assinada e encaminhada ao Congresso Nacional em 10 de Junho de 2015, argumenta o Procurador Federal dos Direitos do Cidadão que:

A substituição do atual Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980) por essa nova Lei de Migrações significa reconhecer a necessidade de mudanças de paradigmas nas áreas trabalhista e humanitária tornando-a compatível com a Constituição Federal e com os tratados internacionais vigentes... Neste contexto, é essencial que o Brasil aproveite esse momento de tentativa de mudança na legislação interna brasileira em relação aos migrantes para ratificar a Convenção internacional, atualizando-se frente ao cenário das migrações.²⁰³

A entrevista, ao nosso ver, corrobora a percepção empírica de que há uma efetiva colaboração do Ministério Público Federal, tanto pela área internacional da Procuradoria-Geral da República, quanto pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, para o processo de construção do novo marco regulatório, com o paradigma dos direitos humanos, para o Brasil.

²⁰³ Nota Técnica PFDC/MPF, de 10 de junho de 2015

Conclusões

Como descrito inicialmente, o objetivo do presente trabalho é a promoção de uma reflexão crítica que envolve uma busca pelo entendimento de questões relacionadas ao fenômeno migratório, tanto no âmbito internacional, e por que não dizer global, quanto na perspectiva interna do Brasil, a partir dos parâmetros dos direitos humanos em amplo espectro, e da legislação positivada no ordenamento interno nacional, em foco mais específico.

Tal reflexão passaria, assim, pelo exame do problema migratório a partir de um confronto entre os princípios e as regras internacionais, alinhados com o vetor dos direitos humanos, dos quais muito se aproxima a Constituição da República de 1988, e a legislação ordinária brasileira sobre o tema, buscando demonstrar a existência de uma efetiva discrepância entre o tratamento internacional em conjunto com a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional vigente no país.

Tangenciando este aspecto de índole migratória, o presente trabalho também objetivou investigar a nova metodologia de abordagem da questão administrativa, em nível internacional, o Direito Administrativo Global. Para tanto, procurou examinar sua substância conceitual, seus princípios e suas aplicações práticas, com a intenção de demonstrar a eficácia da utilização de seus mecanismos e institutos próprios no universo da situação migratória, seja no âmbito internacional, seja no interno.

Nessa medida, a hipótese central da presente pesquisa acadêmica buscou demonstrar que a melhor forma de enfrentar os complexos problemas relacionados aos fluxos migratórios internacionais é a partir de uma migração do paradigma da segurança, em direção a um paradigma de acolhimento, com a regularização e inserção do migrante no contexto sócio-econômico do país receptor, situação que propiciaria, a nosso ver, uma maior efetivação dos direitos humanos do migrante, sem gerar prejuízos à economia interna. A demonstração deste argumento principal da pesquisa se deu a partir de seu desdobramento em sub-hipóteses que foram investigadas – e comprovadas em nossa percepção – a partir de contraposições apresentadas em cada um de seus capítulos, a saber:

No capítulo primeiro, a contraposição entre o ideal esperado de tratamento para a questão migratória, qual seja, o referencial dos direitos humanos e os desafios reais em diversos contextos da cena internacional e interna, para a concretização de referido ideal.

Compreendemos que, após o desenvolvimento e análise de todos os pontos apresentados no mencionado capítulo primeiro, podemos concluir pela comprovação de sua hipótese central, a saber, que o direito internacional efetivamente apresenta uma matriz referencial para o tratamento da questão migratória a partir dos paradigmas dos direitos humanos e que a ausência de observância desta matriz referencial gera uma enorme situação de vulnerabilidade para os atores humanos dos ciclos migratórios.

Assim, o exame de pesquisas científicas específicas voltadas à ideia de acolhimento, como se pode verificar, por exemplo, no estudo da denominada *Falácia da Escassez do Trabalho*²⁰⁴ nos Estados Unidos, quando demonstrado que o fluxo migratório de estrangeiros não afeta, necessariamente, de maneira negativa o mercado de trabalho da região de acolhimento, mas, ao contrário, pode inclusive fomentar o desenvolvimento da atividade econômica local, parece demonstrar que a regularização da situação do imigrante é viável e tem como consequência empiricamente demonstrável, a maior possibilidade de implementação de direitos humanos.

De igual modo, o exame das realidades fáticas relativas aos problemas do crime e da segurança internacional, em suas variadas manifestações, também revelou que a situação de irregularidade do migrante afeta diretamente a segurança, empurrando-o para um ambiente social mais propício à se tornar vítima de condutas criminosas. Esta realidade restou demonstrada nos tópicos pertinentes do trabalho, merecendo destaque, entre estas realidades vitimizadoras dos atores migratórios, o fenômeno complexo do tráfico de pessoas e as figuras criminais a ele correlatas. Semelhantes fundamentos podem ser utilizados nas também complexas situações envolvendo o terrorismo internacional.

A análise revelou, ainda, que há uma forte e preconceituosa tendência ao tratamento da migração como problema de segurança, situação que não parece ajudar o gerenciamento do problema, ao contrário, empurra o migrante para a margem do contexto sócio-econômico acentuando sua vulnerabilidade diante do crime.

²⁰⁴ Vide nota 41, p. 30: Lump of labour fallacy

No capítulo segundo, a partir da apresentação conceitual do Direito Administrativo Global, e no terceiro, que busca realizar um exame crítico da elaboração do novo marco regulatório infraconstitucional da questão migratória no Brasil, trabalhou-se com a hipótese de que esta abordagem metodológica (DAG) tem efetiva aplicabilidade para a questão migratória e que seus princípios e institutos podem ser reconhecidos como elementos de influência positiva no tratamento desta questão, inclusive como fator de inspiração para a elaboração do novo paradigma normativo brasileiro.

Entendemos que a sub-hipótese apresentada nestes dois capítulos também foi demonstrada. Vale dizer, o objetivo da pesquisa era o de demonstrar a influência dos parâmetros do Direito Administrativo Global, em especial, no que toca à elaboração do novo marco regulatório brasileiro e, ainda que se trate de método de atuação administrativa internacional relativamente novo e, por isso, carregue as dificuldades de compreensão que os novos institutos naturalmente trazem consigo, pareceu-nos que esta influência positiva restou demonstrada em alguns aspectos da pesquisa e, outros, foi possível verificar que o potencial de influência é plausível.

Referida comprovação desta sub-hipótese percorreu a apresentação do contexto conceitual do Direito Administrativo Global que, conforme demonstrado no desenvolvimento do capítulo dois, passa por necessário exame do contexto da Globalização e da noção de Governança. Destacamos, neste particular, que o exame de elementos da Globalização – os fenômenos da complexidade e da fragmentação – revelaram-se bastante próximos, e paralelos, aos mecanismos e institutos do Direito Administrativo Global, apresentando-se, assim, como ferramenta instrumental bastante pertinente ao tempo presente.

Aspectos como a influência recíproca entre as práticas, normatizações de diferentes níveis e potência – *soft Law* ou legislação coercitiva clássica – e princípios do Direito Administrativo de um lado, e do outros os agentes estatais, privados ou de índole mista – aqui nos referimos de maneira ampla aos agentes de governo e instituições vinculados aos organismos internacionais; às instituições privadas e às organizações não governamentais – revelaram sua relevância no contexto do tratamento da questão migratória em geral e, do mesmo modo, para o contexto interno do Brasil neste momento em que elabora seu novo marco regulatório para os assuntos relativos à migração.

Por derradeiro, a análise crítica do próprio conteúdo da legislação que se encontra em elaboração no contexto Brasileiro revelou a tendência positiva da aplicação dos parâmetros globalizados de direitos humanos, inclusive a partir da influência do Direito Administrativo Global, quando consideramos suas características de abertura e simplificação da ação dos diversos entes, sejam públicos, sejam privados ou em atuação conjunta destas duas esferas, bem como a força da auto-regulamentação a partir de mecanismos de influência na comunidade internacional e de integração das variadas searas: pública e privada, interna e global.

Por tal linha de raciocínio é que, nos parece, foi possível concluir que existe uma real influência do Direito Administrativo Global e que, referida influência, revelou-se positiva para o contexto específico da nova legislação brasileira, a partir da lógica dos seguintes elementos: um ambiente globalizado e suas consequentes interações normativas; a pavimentação de um ambiente internacional com princípios norteadores do tratamento humanitário da questão migratória, com a presença de relevantes acordos e tratados internacionais sobre a temática, em especial, para os fins da presente pesquisa, a Convenção Internacional sobre a Proteção de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias que, ainda que não ratificada e incorporada efetivamente ao ordenamento interno do país, foi capaz de influenciar fortemente a lógica do tratamento dispensado no bojo do novo marco regulatório brasileiro de migrações ora em trâmite no Congresso Nacional.

É precisamente este tipo de influência de múltiplos fatores – típica do fenômeno da complexidade na formação do direito internacional – sejam eles fatores normativos, principiológicos ou de atuação fática dos agentes, que caracteriza o Direito Administrativo Global e, portanto, sua notória pertinência e influência na elaboração e fixação de parâmetros de direitos humanos na formação da nova legislação do migrante no Brasil.

Diante, então, de tais observações, posso concluir no sentido de que a hipótese central e decorrentes sub-hipóteses da pesquisa foram satisfatoriamente demonstradas.

Por fim, permito-me fazer a ponderação no sentido de que a questão migratória neste mundo pós-moderno que vivemos tem assumido contornos de dramaticidade e preocupação elevada. Não se trata em nenhuma medida de questão de simples equacionamento, uma vez que envolve grande parcela de tensões, ora afetando o âmbito econômico em uma realidade de

escassez de recursos, ora dificultando os aspectos de segurança de países, regiões e da geopolítica global.

Ainda assim, a conclusão final a que a pesquisa me levou é a imperiosa necessidade da transformação paradigmática do tratamento da questão migratória, com a mudança do foco para o acolhimento humano e a integração do migrante ao multifacetado contexto interno do país receptor, inserindo-o e garantido a ele o tratamento igualitário com os nativos. Este nos parece o caminho mais adequado para implementar, em relação à pessoa do migrante, a mesma dimensão de cidadania – com suas implicações na ordem jurídica de direitos, garantias e deveres – destinada aos membros originários da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FARENA, Maritza Natalia Ferreti Cisneros. Direitos Humanos dos Migrantes. Curitiba: Juruá, 2012

HERKENHOFF, João Batista. Curso de Direitos Humanos. V I. São Paulo: Acadêmica, 1994

BOBBIO, Norberto. A era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

HENKIN, Louis. The Rights of Man Today. New York, Columbia University Press, 1988.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In Direitos humanos na sociedade cosmopolita. São Paulo: Renovar, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo de sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo. Saraiva, 2006

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público.

KANT, Immanuel. À paz perpétua. Porto Alegre: L&PM, 1989.

RABENHORST, Eduardo R. Direitos Humanos e Globalização Contra-hegemônica, In: LYRA, Rubem Pinto (Org). Direitos Humanos: Os Desafios do Sec. XXI, uma abordagem interdisciplinar. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

HABERMAS, Jürgen. A Constelação Pós-Nacional: Ensaio Político. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro – Estudos de Teoria Política – São Paulo: Ed. Loyola, 2002.

ARENDDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo – São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

KELSEN, Hans. *Direito das Relações Internacionais*. In *Revista de Direito Internacional – Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB*. – 2011.vol.8.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORDIN, Ronald. *O Império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo. Uma discussão sobre direito e democracia*. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional de direitos humanos*. Vols. I, II e III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

TAYLOR, Charles. *As Fontes do Self*. São Paulo. Loyola, 1997

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2ª. Ed. 2011.

VEYRET, Yvette. *Os riscos: o homem como agressor e vítima do meio ambiente*. São Paulo: Contexto, 2007.

BROOKS, Nick. *Vulnerability, risk and adaptation: a conceptual framework*. Tyndall Centre for Climate Change Research, Working Paper 38, University of East Anglia, September 2003.

BROWN, Lester. *Plan B 4.0 - Mobilizing to Save Civilization*. New York: Norton & Company/Earth Policy Institute, 2009.

KEMPADOO Kamala, SANGHERA Jyoti e PATTANAIK Bandana - *Trafficking and Prostitution Reconsidered, Second Edition: New Perspectives on Migration, Sex Work, and Human Rights* – Ed. Paradigm Publishers – London – 2005.

HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. Globalização e o Novo Direito Administrativo. Curitiba. Juruá Editora. 2010.

GÓMEZ, Jose Maria. Política e Democracia em Tempos de Globalização. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO; Rio de Janeiro: LPP. 2000.

MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. 30. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do Direito: Direito Internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013.

CASINI, Lorenzo - STATES AND GLOBAL ADMINISTRATIONS IN CONTEXT – in: Global Administrative Law: The CASEBOOK – Third Edition.

CASSESE, S. - The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law, Editorial Derecho Global/Global Law Press, Sevilla.

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti - Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional – Ed. Atlas, 2014.

TOMASSINI, L. 1984. El proceso de transnacionalización y las relaciones externas de América Latina. _____. (comp.). Transnacionalización y desarrollonacional en América Latina. Buenos Aires : Grupo Editor Latinoamericano.

BASTOS, Celso Ribeiro – Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989.

MORAES, Alexandre – Direito Constitucional – 24^a. Ed. São Paulo. Atlas.

FERNANDES, Guilherme Antônio de Almeida Lopes – Direito à Cidadania. Um Estudo sobre imigrantes bolivianos em São Paulo e Buenos Aires e as principais leis migratórias do Brasil e da Argentina – São Paulo – 2013.

OUTRAS REFERÊNCIAS

(Artigos, Periódicos, Revistas, Revistas Digitais)

Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas / Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto, organizador. – 1. ed. – Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos – p. 15.* _____Disponível em:http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF (acesso em 27-02-2015)

FLORES, Joaquim Herrera. *Direitos Humanos, Interculturalidade e racionalidade de resistência.* Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921> (acesso em 29-07-2015)

HYATT, Susan B. – *What was Neoliberalism and What Comes Next? The Transformation of Citizenship in the Law-and-Order State – in: POLICY WORLDS - Anthropology and the Analysis of Contemporary Power. Edited by Cris Shore, Susan Wright and Davide Però – Berghahn Books – New York – Oxford – 2011. p. 106 - Disponível em: http://www.academia.edu/7093111/What_Was_Neoliberalism_and_What_Comes_Next (acesso em 05-08-2015)*

Industrial and Labor Relations Review, Vol. 43, No. 2. (Jan., 1990), pp. 245-257 – Disponível em: <http://davidcard.berkeley.edu/papers/mariel-impact.pdf> (acesso em 31-07-2015)

Work Papers Series – Department of Economics UCDAVIS – Rethinking the Area Approach:Immigrants and teh Labor Market in Califronia, 1960-2005 – Disponível em: <http://wp.econ.ucdavis.edu/09-13.pdf> (acesso em 01-08-2015)

“Immigrants make the economy more efficient by increasing the supply of labor, both in hight an low-skill áreas, creating jobs for native-born Americans in the process: a 2010 reserarch by Peri, with Chad Saparber of Colgate University, concluded that – contrary

to popular wisdom – immigrants do not, in fact, displace native workers.” In: E21 Issue Brief – Manhattan Institute Review – Ed. n.2 – Dez 2014 – p. 3. – Disponível em: http://www.manhattan-institute.org/pdf/e21_02.pdf (acesso em 01-08-2015)

“The Economic Effects of Administrative Action on Immigration”, Conselho Econômico do Escritório Executivo do Presidente dos Estados Unidos em novembro de 2014. Disponível em: https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/cea_2014_economic_effects_of_immigration_executive_action.pdf (acesso em 01-08-2015)

“Immigrants appear to raise local non-tadables sector wages and to attract native-born workers from elsewhere in the country. overall, it appears that local woerkers benefit from the arrival of more immigrants”- In: NBER Working Paper Series – Are Immigrants a shot in the arm for the local economy? – Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w21123.pdf> (acesso em 01-08-2015)

“Immigration will lower the wage more if immigrants are prepared to work for less than natives, as seems possible in the case of illegal immigrants, for example. An influx of such immigrants not only supply, but makes it more elastic.” – in: The Journal of Economic Perspectives, Vol. 9, n.2 – 1995, pp.23-44. – Disponível em : http://www.researchgate.net/profile/Rachel_Friedberg/publication/4902369_The_Impact_of_Immigrants_on_Host_Country_Wages_Employment_and_Growth/links/00b7d53510a07bb20b000000.pdf (acesso em 01-08-2015)

ARAÚJO, Francisco Carlos da Silva. [Seguridade social](#). Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1272, 25 dez. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/9311>. (acesso em: 02-08-2015).

Migrações Internacionais e Previdência Social – Ministério da Previdência Social – Coleção Previdência Social – 2007 – Série estudos, v. 25, p. 9 – Disponível em: http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_081014-111404-830.pdf - (acesso em 03-08-2015)

Acordos Internacionais e Previdência Social/Brasil. Ministério da Previdência Social – Coleção Previdência Social – 2007 – Série estudos, v. 14, p. 15 – Disponível em: http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_081014-111357-716.pdf (acesso em 03-08-2015)

SCHWARZER, Helmut. *Migrações Internacionais e a Previdência Social. Informe de Previdência Social. Dez. 2004, vol. 16, número 12. p. 03*

Experiências Europeias com Acordos Internacionais de Seguridade Social – in: Migrações Internacionais e Previdência Social – Ministério da Previdência Social – Coleção Previdência Social – 2007 – Série estudos, v. 25, pp. 69/89 – Disponível em: http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_081014-111404-830.pdf (acesso em 03-08-2015)

BROOKS, Nick. *Vulnerability, risk and adaptation: a conceptual framework. Tyndall Centre for Climate Change Research, Working Paper 38, University of East Anglia, September 2003*

Environmental Refugees in a Globally Warmed World – MYERS, Norton - publicado por Oxford Journals, Oxford University Press – BioScience, Vol. 43, No. 11 (Dec., 1993), pp. 752-761, que destaca estimativas e prognósticos relativos à migração internacional motivada por fatores climáticos. Disponível em: <http://communicationskills.yolasite.com/resources/Environmental%20Refugees%20Article%201.pdf> (acesso em 05-08-2015)

BROWN, Lester. *Plan B 4.0 - Mobilizing to Save Civilization. New York: Norton & Company/Earth Policy Institute, 2009. p. 51-54*

BARBOSA, Luciana Mendes - *artigo que busca os critérios e fundamentos para a construção da categoria de refugiados ambientais, a partir de uma análise crítica da formação e utilização do termos. In: <http://www.santiagodantassp.locaweb.com.br/br/simp/artigos/mendes.pdf> (acesso em 04-08-2105)*

CLARO, Carolina de Abreu Batista – *Refugiados Ambientais: mudanças climáticas, migrações internacionais e governança global. Brasília, 2012. p. 62. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11970/1/2012_CarolinadeAbreuBatistaClaro.pdf (acesso em 04-08-2015)*

Save the Children Publications – Trafficking – a demand led problem? – A multi-country pilot study – by, Bridget Anderson and Julia O’Connell Davidson – Stockholm – Sweden – 2002. Disponível em: <http://gaatw.org/publications/The%20Demand%20Side%20part1.pdf> (acesso em 06-08-2015)

KEMPADOO, Kamala – “Shifting the debate on the traffic of womem” – (acesso em 07-08-2015) Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332005000200003#top16

Ditmore e Wijers no artigo *The Negotiations on de UN Protocolo on Trafficking in Persons* – publicado por NEMESSIS 2003 nr. 4 . p. 82 - Disponível em: http://www.bayswan.org/traffick/NEMESIS_Ditmore.PDF (acesso em 10-08-2015)

GALLAGHER, Anne. *Trafficking, smuggling and human rights: tricks and treaties. Forced Migration Review*, n. 12, p. 25 – 28, 2002 - Disponível em: <http://www.fmreview.org/FMRpdfs/FMR12/fmr12.9.pdf> (acesso em 11-08-2015)

SCHEPER-HUGHES, Nancy – *Parts unknown: Undercover ethnography of the organs-trafficking* – Revista *Ethnography* - Disponível em: http://www.uky.edu/~tmute2/geography_methods/readingPDFs/scheper-hughes-PartsUnknown.pdf (acesso em 11-08-2015)

Tráfico de Pessoas e Trabalho Escravo no Estado de São Paulo. Análise dos procedimento judiciais e extrajudiciais do Ministério Público do Trabalho e Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.justica.sp.gov.br/StaticFiles/SJDC/ArquivosComuns/ProgramasProjetos/NETP/Pesquisa%20sobre%20Trabalho%20Escravo%20e%20Tr%C3%A1fico%20de%20Pessoas.%20Governo%20do%20Estado%20de%20S%C3%A3o%20Paulo.pdf> (acesso em 14-08-2015)

IMIGRANTES BOLIVIANOS NO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: análise do caso Zara a partir das RPGs – MERÇON, Marines. *Revista do CEDS n° 2, vol. 1* – Disponível em: http://www.undb.edu.br/publicacoes/arquivos/revceds_n_2_imigrantes_bolivianos_e_trabalho_escravo_contemporaneo_caso_zara_marineis_mercon.pdf) (acesso em 14-08-2105)

Relatório Nacional Sobre Tráfico de Pessoas: Consolidação dos Dados de 2005 a 2011. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/noticias/2013/04/2013-04-08_Publicacao_diagnostico_ETP.pdf (acesso em 14-08-2015)

John Tirman. “Immigration and Insecurity: Post-9/11 Fear in the United States.” MIT Center for International Studies *Audit of the Conventional Wisdom*, 06-09 (June 2006) – disponível em: http://web.mit.edu/cis/pdf/Audit_Tirman_Immigration_6.06.pdf - acesso em 14-10-2015.

Griswold, Daniel - *Immigrants have enriched American culture and enhanced our influence in the world* – Cato Institute. Disponível em: <http://www.cato.org/publications/commentary/immigrants-have-enriched-american-culture-enhanced-our-influence-world> - acesso em 14-10-2015

HUYSMANS, Jef – *Journal of Common Market Studies* – Vol. 38, No. 5 pp. 760 – disponível em : <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1468-5965.00263/pdf> - acesso em 13-10-2015

DIAS, Guilherme Mansur – *Migração e Crime: desconstrução das políticas de segurança e tráfico de pessoas* – Campinas, SP – 2014

Globalização, Estado-Nação e Cidadania – CONTEXTO INTERNACIONAL – Rio de Janeiro, vol. 20, nº 1, janeiro/junho 98, pp. 7-89 (p.47) - Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/10640_Cached.pdf – acesso em 03-11-2015

NICO KRISCH, BENEDICT KINGSBURY. *Introdução: governança global e direito administrativo global na ordem legal internacional* - RDA – *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 261, p. 13-32, set./dez. 2012

NETO, Bitencourt Eurico – *Direito Administrativo Transnacional* – *Revista Eletrônica de Direito do Estado* – nº 22. p. 11 – disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-22-ABRIL-2010-EURICO-NETO.pdf> - acesso em 14-11-2015.

World Bank, Governance and Development, 1992

SANTOS, Maria Helena de Castro. “Governabilidade, Governança e Democracia: Criação da Capacidade Governativa e Relações Executivo-Legislativo no Brasil Pós-Constituinte”. In: *DADOS – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, volume 40, nº 3, 1997. pp. 335-376. Versão virtual em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581997000300003

HUMAN DEVELOPMENT REPORT 1999

GLOBAL GOVERNANCE, INTERNATIONAL DEVELOPMENT DISCOURSES AND NATIONAL POLICY-MAKING: HIGHLIGHTS OF CRITICAL ISSUES, by Mariarosaria Iorio IGTN Geneva Office. p.10. - Versão virtual em: https://www.wto.org/English/forums_e/ngo_e/posp68_igtn_e.pdf

CASQUET, Andréia Cristina Bezerra – in: http://www.conjur.com.br/2014-jul-28/andreia-casquet-soft-law-essencial-regulacao-sociedades#_ftn1 – acesso em 12/11/2015

Revista de Sociologia e Política nº 12 – disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n12/n12a02.pdf> – acesso em 03/03/2016

Maria Carolina M. Morales – *A problemática da mão-de-obra estrangeira no Brasil e suas implicações*. Disponível em: http://www.correiadasilva.com.br/pdf/art_tra/art_tra_2.pdf - acesso em 22-11-2015

FERNANDES, Guilherme Antônio de Almeida Lopes – *Direito à Cidadania. Um Estudo sobre imigrantes bolivianos em São Paulo e Buenos Aires e as principais leis migratórias do Brasil e da Argentina* – São Paulo – 2013. p.201. Disponível em https://books.google.com.br/books?id=W-aiAwwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false – acesso em 22-11-2015

MILESI, Rosita e MARINUCCI, Roberto – *MERCOSUL E AS MIGRAÇÕES. Os movimentos nas fronteiras e a construção de políticas públicas regionais de integração – Migrações Contemporâneas: Panorama, Desafios e Prioridades*. p. 33 – Disponível em: http://www3.mte.gov.br/trab_estrang/Livro_Mercosul_e_Migracoes.pdf - acesso em 23-11-2015

MILESI, Rosita – *Por uma nova Lei de Migração: a perspectiva dos Direitos Humanos*. p. 4 – Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/41/docs/por_uma_nova_lei_migracao.pdf - acesso em 23-11-2015

Migrações e trabalho/ Erlan José Peixoto do Prado, Renata Coelho, organizadores. – Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015. 236 p. – disponível em PDF no sítio da internet do MPT - <http://portal.mpt.mp.br>

