



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Direito

ADRIANO HEITOR E SILVA

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO MIGRANTE E A APLICAÇÃO DO ECA.

Análise do art. 40, V da Lei 13.445/17.

Brasília, DF

2020

ADRIANO HEITOR E SILVA

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO MIGRANTE E A APLICAÇÃO DO ECA.

Análise do art. 40, V da Lei 13.445/17.

Artigo apresentado como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
pelo Centro Universitário de Brasília

Orientador: André Pires Gontijo

Brasília
2020

ADRIANO HEITOR E SILVA

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO MIGRANTE E A APLICAÇÃO DO ECA.

Análise do art. 40, V da Lei 13.445/17.

Artigo apresentado como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
pelo Centro Universitário de Brasília

Orientador: André Pires Gontijo

Brasília, de de 2020

Banca Examinadora

X

Professor
Orientador

X

Examinador

X

Examinador

RESUMO

Artigo no âmbito do direito constitucional, cujo objeto é a subsunção do migrante à Constituição e, conseqüentemente, ao ordenamento jurídico pátrio. Utilizando-se de pesquisas dogmáticas e instrumental, revisão bibliográfica, buscou-se analisar a aplicação dos dispositivos da Lei 13.445/17 que versam sobre menores de idade e o ingresso destes no território nacional quando desacompanhados e desautorizados, à luz do princípio da proteção integral e do Neoconstitucionalismo de Luís Roberto Barroso. Além disso, buscou-se solucionar a antinomia e a ausência de isonomia existente entre a Lei de Migração e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) no que tange a proteção da criança; enquanto uma permite a entrada de crianças sem autorização e acompanhante, a outra veda tal possibilidade aos nacionais. O estudo demonstrou que a Lei de Migração teve em seu âmago, apesar dos vetos, a intenção de igualar os migrantes aos brasileiros natos. A partir dessa observação e utilizando a hermenêutica neoconstitucional ponderou-se pela aplicação do ECA aos migrantes menores de idade, em detrimento da Lei de Migração, em atenção ao princípio da proteção integral da criança, além da inconstitucionalidade do inciso V do art. 40 da Lei 13.445/17.

Palavras chave: Lei de Migração; Estatuto da Criança e do Adolescente; Isonomia; Constitucionalidade.

ABSTRACT

Article within the scope of constitutional law, whose object is the migrant's subsumption of the Constitution and, consequently, of the national legal system. Using dogmatic and instrumental research, bibliographic review, we sought to analyze the application of the provisions of Law 13.445/17 that deal with minors and their entry into the national territory when unaccompanied and unauthorized, in the light of the principle of comprehensive protection and Luís Roberto Barroso's Neoconstitutionalism. In addition, it sought to resolve the antinomy and the lack of equality between the Migration Law and the Child and Adolescent Statute (CAS) with regard to child protection; while one allows children to enter without authorization and a companion, the other prohibits such possibility for nationals. The study showed that the Migration Law had at its core, despite the vetoes, the intention to equate migrants with native Brazilians. Based on this observation and using neoconstitutional hermeneutics, the application of the CAS to under-age migrants was considered, to the detriment of the Migration Law, in keeping with the principle of full protection of the child, in addition to the unconstitutionality of item V of art. 40 of Law 13,445/17.

Keywords: Migration Law; Child and Adolescent Statute; Isonomy; Constitutionality.

1. INTRODUÇÃO

A mobilidade humana atualmente é um fenômeno de grande repercussão para o Estado, tendo reflexos nos campos social, político, econômico, cultural e outros, a matéria ganha relevo passando a merecer melhor tratamento para assegurar as garantias necessárias para todo esse contingente populacional que se encontra em constante trânsito. No Brasil, segundo dados do Ministério da Justiça, entre 2010 e 2018, foram registrados 774,2 mil imigrantes, dentre esses, 395,1 mil são imigrantes de longo tempo (cujo tempo de residência é superior a um ano).

No Brasil, a situação jurídica do estrangeiro no Brasil apresenta dois momentos distintos que podem ser observados como o período anterior à Lei 13.445/17 e o intervalo temporal subsequente a promulgação da referida legislação. Os debates sobre imigração, foram impulsionados, principalmente, pela chegada de migrantes haitianos que expuseram toda a deficiência do sistema de acolhida e a ineficiência da legislação vigente à época na solução das demandas dos imigrantes, restando por óbvio a falência do sistema de segurança nacional. Este novo instrumento normativo foi pautado, principalmente, sobre o alicerce dos Direitos Humanos, mas ainda assim, não abandonou por completo a concepção da segurança nacional, a partir de agora entendida não mais como a razão primordial e sim como um aspecto necessário para a manutenção do Estado.

Concomitantemente, ocorreu uma mudança na interpretação constitucional. Tendo sido o marco histórico do novo direito constitucional brasileiro, a constituição de 1988, marcou uma mudança de paradigmas, dentre eles a supremacia desta. A supremacia das Constituições se dá dentre outros fatores pela constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam protegidos, independentemente dos vieses políticos pelos quais um país passasse. Atrelado à sua normatividade houve expansão da jurisdição constitucional, fruto da nova escola hermenêutica, o Neoconstitucionalismo. Para a discussão do tema desse artigo, a nova interpretação constitucional é uma das principais vias de argumentação para a aplicação do direito pátrio aos imigrantes não residentes.

Com o advento da Constituição de 1988 e a ampliação dos mecanismos de controle nela inseridos, o Supremo Tribunal Federal adquiriu a competência para exercer controle concentrado de constitucionalidade, com efeitos erga omnes e de caráter vinculante em sede de repercussão geral. Tendo que o migrante está amparado pela Constituição Federal, é racionalmente lógico pensar que a criança e ao adolescente migrante deve ser aplicado o

Estatuto correspondente por se tratar de um instrumento normativo especializado recepcionado pela Constituição com bases teóricas mais fortalecidas e, portanto, plenamente apto a produzir efeitos jurídicos nas circunstâncias em que lhe couber. Nesse sentido, por ser o diploma legal que melhor apresenta e concretiza a proteção integral da criança e do adolescente, estendê-lo aos migrantes é uma possibilidade teórica, via ativismo judicial. A proposta deste artigo é discutir, à luz do Neoconstitucionalismo; é possível aplicar a Constituição de 1988 aos migrantes e conseqüentemente aplicar-lhes o ECA?

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PERCEPÇÃO SOBRE O IMIGRANTE NO BRASIL

A mobilidade humana atualmente é um fenômeno de grande repercussão para o Estado, tendo reflexos nos campos social, político, econômico, cultural e outros, a matéria ganha relevo passando a merecer melhor tratamento para assegurar as garantias necessárias para todo esse contingente populacional que se encontra em constante trânsito. De acordo Organização das Nações Unidas (ONU), referente ao ano de 2018, o número total de pessoas em situação de deslocamento forçado no mundo chega a 70 milhões, representando um aumento de 2,3 milhões em comparação com o ano de 2017. Somando-se isto ao impressionante número de 244 milhões de pessoas que se encontram fora do seu país de origem, ou seja, mais de 3,4% da população mundial segundo dados da ONU referente ao ano de 2015¹, resta evidente a necessidade de ação por parte do Estado para solucionar as demandas deste contingente populacional. No Brasil, segundo dados do Ministério da Justiça, entre 2010 e 2018, foram registrados 774,2 mil imigrantes, dentre esses, 395,1 mil são imigrantes de longo tempo (cujo tempo de residência é superior a um ano)².

No que se refere à situação jurídica do estrangeiro no Brasil existem dois momentos distintos que podem ser observados como o período anterior à Lei 13.445/17 e o intervalo temporal subsequente a promulgação da referida legislação. No período anterior a situação jurídica do estrangeiro estava prevista na lei 6.815/80 e continha aspectos voltados

¹GUERRA, Sidney. Alguns aspectos sobre a situação jurídica do não nacional no Brasil: da lei do estrangeiro à nova lei de migração. **Revista Direito em Debate**, v. 26, n. 47, p. 90-112, 2017.

² Brasil registra mais de 700 mil migrantes entre 2010 e 2018 <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1566502830.29>. Acesso em 01, janeiro, 2020.

principalmente para a segurança nacional³, característica marcante da Escola Superior de Guerra, nas palavras de Afonso Arinos de Melo Franco⁴:

Passemos, agora, ao conceito de segurança nacional. Para nós, também esta expressão, embora sempre ligada ao elemento básico que é a nação, pode apresentar duas conotações, uma negativa e outra positiva. Na primeira delas, segurança nacional me parece ser o conjunto de fatores que determina a ausência de riscos, tanto externos quanto internos, que venham comprometer a integridade e a estabilidade de uma nação determinada, ou antes do Estado que a personifica e representa. Na sua feição positiva, uma boa definição de segurança nacional parece ser a proposta pelo Instituto de Sociologia e Política de São Paulo. De acordo com a mesma, segurança nacional seria o grau relativo de garantia que, por meio de ações políticas, econômicas, psicossociais e militares, um Estado proporciona ao grupo humano que o integra, para consecução e salvaguarda dos seus objetivos nacionais. Este conceito abrange o aspecto evolutivo e dinâmico da segurança nacional, sendo mais amplo que o anterior, o qual é, até certo ponto, defensivo e estático.

Por segurança nacional, entende-se aqui uma condição relativa de proteção coletiva e individual dos membros de uma sociedade contra ameaças plausíveis à sua sobrevivência e autonomia. Nesse sentido, o termo refere-se a uma dimensão vital da existência no contexto moderno de sociedades complexas, delimitadas por estados nacionais de base territorial⁵. Em suma, estar seguro significa viver em num estado que por seus meios é capaz de neutralizar as ameaças que venha a sofrer, resguardando seus nacionais. Logo, a Lei 6.815/80, também conhecida como Estatuto do Estrangeiro, nutrida pela Escola Superior da Guerra dos aspectos da segurança nacional, entendia o imigrante como estrangeiro na mais fidedigna acepção etimológica da palavra, era aquele que não pertence ou não é natural de um país, portanto, não sendo digno de assistência e sim de desconfiança, considerado como um risco para a coletividade nacional. Para Cassia Regina Calça⁶:

O revogado Estatuto tinha por foco a proteção dos interesses do Brasil, dos trabalhadores nacionais e a garantia da segurança nacional. Dessa forma, o Estatuto

³ GUERRA, Sidney. Alguns aspectos sobre a situação jurídica do não nacional no Brasil: da lei do estrangeiro à nova lei de migração. **Revista Direito em Debate**, v. 26, n. 47, p. 90-112, 2017.

⁴ DE MELO FRANCO, Afonso Arinos, As doutrinas políticas contemporâneas e suas relações com a segurança nacional (1958), A PALAVRA DOS CHANCELERES NA ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA (1952-2012), Brasília, 2018

⁵ CEPIK, Marco. Segurança Nacional e Segurança Humana: problemas conceituais e consequências políticas, 1. 2001..

⁶ CALÇA, Cassia Regina; ROCHA, Jiuliani Santos; DIAS, Eliotério Fachin. SOBERANIA E O DIREITO DO MIGRANTE INTERNACIONAL NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO. **REVISTA JURÍDICA DIREITO, SOCIEDADE E JUSTIÇA**, v. 7, 2018.

do Estrangeiro considerava o imigrante uma ameaça potencial aos interesses do país, num claro contexto de xenofobia e discriminação.

O Brasil da década de 1980 era apenas um microsistema que refletia com verossimilhança os atos e fatos ocorridos em âmbito global, tanto culturalmente quanto geopoliticamente. O mundo passava por um período de conflitos bélicos em locais à época subdesenvolvidos patrocinados por potências que se confrontavam utilizando-se da oratória do medo e do terror. Com isso, as demais nações do segundo e terceiro mundo, como eram classificadas as nações subdesenvolvidas no jogo de forças geopolíticas, encontraram na legislação migratória uma maneira de conter os avanços do medo e do terror, para isso criaram legislações rígidas, baseadas em conceitos de segurança nacional, estigmatizando os imigrantes como intrusos que perturbadores da ordem pública, e obviamente no Brasil não foi diferente.

Apenas com o fim da dicotomia beligerante é que se possibilitou o debate de temas ligados aos Direitos Humanos, no desfecho do século XX e alvorada do século XXI. Nesse período ocorreu a mudança de paradigma de uma política pautada pela segurança nacional para a gradativa concessão e reconhecimento de direitos aos imigrantes. A influência dos direitos humanos pôde ser vista também internamente com a promulgação da Constituição Federal no ano de 1988, entretanto, sem expressiva alteração quanto ao paradigma da imigração. Voltando ao panorama global do final do século XX, a Organização das Nações Unidas (ONU) e suas comissões passaram a ter protagonismo no cenário geopolítico e nas políticas de implementação dos direitos humanos com a criação de diversos tratados e convenções que versavam sobre a temática. No âmbito do Continente Americano esse protagonismo ficou a cargo da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

No Brasil, os debates sobre imigração foram impulsionados, principalmente pela chegada de migrantes haitianos⁷ que expuseram toda a deficiência do sistema de acolhida e a ineficiência da legislação vigente à época na solução das demandas dos imigrantes, restando por óbvio a falência do sistema de segurança nacional. A partir disso, o Congresso iniciou em 2013 debates para a mudança da legislação de 1980, foi então levada ao Senado o PLS 288/2013, que após aprovação do Congresso Nacional por unanimidade e dezoito vetos presidências se tornou a Lei 13.445/2017, também denominada Lei de Migração. Este novo instrumento normativo foi pautado, principalmente, sobre o alicerce dos Direitos Humanos,

⁷ GUERRA, Sidney. A nova lei de migração no Brasil: avanços e melhorias no campo dos direitos humanos. **Revista de Direito da Cidade**, v. 9, n. 4, p. 1717-1737, 2017.

mas ainda assim, não abandonou por completo a concepção da segurança nacional, por ser este um aspecto necessário para a manutenção do Estado, entretanto, a partir de agora não seria a razão primordial, estando presente apenas nas questões que deveras demonstrem riscos e não sobre toda e qualquer circunstância apresentada à quem, por lei, é responsável pela vigilância das fronteiras territoriais do país.

Com o novo instrumento voltado para atender as necessidades dos imigrantes e imbuído no propósito de concretizar o princípio da igualdade, aquele concedeu direitos antes exclusivos de brasileiros natos ou naturalizados, tais como direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos⁸. Porém, ainda será discutido se a nova legislação conseguiu promover a igualdade ou em alguns pontos abriu mão deste princípio em detrimento dos seus nacionais e gerando riscos aos imigrantes que se enquadram na hipótese legal do artigo 40, inciso V da lei 13.445/17.

3. MIGRANTE NÃO RESIDENTE E A TUTELA CONSTITUCIONAL

Inicialmente, se faz necessário explanar sobre o Direito Constitucional contemporâneo e suas transformações. Para tanto, temos três marcos principais: o histórico, o filosófico e o teórico⁹.

O marco histórico do novo direito constitucional, no Brasil, foi a constituição de 1988 amparando o processo de redemocratização e reorganização do país. O referido texto promoveu de maneira bem-sucedida a transição de um Estado autoritário para um Estado democrático de direitos. Ao redor do mundo podemos pontuar como a principal referência para o desenvolvimento do novo direito constitucional, a Lei Fundamental de Bonn (constituição alemã), datada de 1949¹⁰, em um ambiente marcado pelas recentes memórias dos fatos ocorridos na 2ª Guerra Mundial, e que buscava-se a sua não repetição. A partir deste documento, a academia passou a analisar o direito constitucional sob o prisma da ciência. Concomitantemente, ocorre a aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia

⁸ CALÇA, Cassia Regina; ROCHA, Juliana Santos; DIAS, Eliotério Fachin. SOBERANIA E O DIREITO DO MIGRANTE INTERNACIONAL NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO. **REVISTA JURÍDICA DIREITO, SOCIEDADE E JUSTIÇA**, v. 7, 2018.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, v. 81, p. 233, 2005.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, v. 81, p. 233, 2005.

proporcionando uma reestruturação política. Nas palavras de Luís Roberto Barroso sobre a importância das Constituições, sob o prisma neoconstitucional¹¹:

Tem que haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se ainda de um sentimento tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto [...].

No que tange o marco filosófico, o Neoconstitucionalismo hidrata-se no pós-positivismo, sendo para alguns teóricos o pós-positivismo à brasileira. Na esteira histórica das teorias jurídicas o pós-positivismo, como o próprio nome já infere, apresenta-se na sequência do positivismo jurídico com a finalidade de aperfeiçoamento da teoria anterior. A superação da teoria jusnaturalista do século XVI, base para as revoluções liberais e da teoria positivista do século XIX pautada na objetividade científica, afastando-se da filosofia e de discussões à cerca da justiça, viabilizou a discussão do Direito e de sua função social e interpretação¹².

A discussão do Direito, ficou a cargo do pós-positivismo, que a partir dos estudos entendo ser uma junção das teorias anteriores. Explico esse posicionamento. O Neoconstitucionalismo tem a sua base positivista, da positivação das normas em textos, no entanto, a interpretação, outrora renegada, ressurgiu e utiliza-se da filosofia do jusnaturalismo, de maneira mais aprofundada, naquilo que o jusnaturalismo tinha como pressuposto; os valores do ser humano e primazia pelo justo e equidade. Logicamente não podemos dizer que a face Jusnaturalista adotada é aquela dos seus primórdios, mas se trata de um jusnaturalismo contemporâneo desenvolvido no século XX que tem como pilar a justiça no contexto histórico e social, sem menosprezar as diversas acepções do que seja o direito justo, possibilitando a discussão a partir do que se entende por valores jurídicos.

Na doutrina constitucional brasileira o Neoconstitucionalismo está normativamente composto por regras e princípios e tem como protagonistas Robert Alexy e Ronald Dworkin, por meio do teórico brasileiro Paulo Bonavides¹³. Para Alexy os princípios são mandados de otimização, quer dizer, todas as medidas possíveis devem ser adotadas para a sua satisfação. Sendo a ponderação o meio viável, tendo em vista que os princípios podem ser satisfeitos em graus variados, levando-se em conta as evidências fáticas e as possibilidades jurídicas¹⁴. O princípio de Alexy

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, v. 81, p. 233, 2005.

¹² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, v. 81, p. 233, 2005.

¹³ MAIA, Antonio Cavalcanti. Sobre a Teoria Constitucional Brasileira e a Carta Cidadã de 1988: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo. **Revista Quaestio Iuris**, v. 4, n. 1, p. 1-86, 2011.

¹⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2008.

e a sua teoria da ponderação são a materialização do jusnaturalismo discutido anteriormente na medida em que representam os valores do ser humano - adentrando na temática dos direitos humanos - e primazia pelo justo e equidade, quando se discute o melhor resultado possível em virtude da aplicação de uma norma após sua interpretação para o caso concreto.

No terceiro marco trazido por Luís Roberto Barroso, o marco teórico, ele o subdivide em três exemplos de revolução do conhecimento previamente posto no que tange a aplicação do direito constitucional. Para ele estão entre os principais pontos: o reconhecimento de força normativa à Constituição; expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional¹⁵. Com a atribuição do *status* de norma jurídica à norma constitucional, ocorrida ao longo do século XX, o seu caráter essencialmente político foi abandonado, incorporando de modo definitivo em sua estrutura os direitos fundamentais de segunda e terceira gerações. No Brasil, essa discussão chegou em meados da década de 80 com o entendimento de que as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, caráter vinculativo e que a sua inobservância ativa os mecanismos de coação inerentes.

Atrelado à sua normatividade houve expansão da jurisdição constitucional, inspirada na experiência americana, valendo-se da supremacia da constituição. Para a discussão do tema desse artigo, tanto esse aspecto do Neoconstitucionalismo quanto a nova interpretação constitucional que será discutida a contento, posteriormente, são as principais vias de argumentação para a aplicação do direito pátrio aos imigrantes não residentes. A priori, referente a jurisdição constitucional em uma análise conceitual, Walber de Moura Agra apresenta dificuldade em precisar o que seria, por considerar que o termo abriga dois conteúdos semânticos de difícil precisão. Em suas palavras¹⁶:

No seu sentido objetivo a dificuldade é estabelecer o que é uma matéria constitucional, pois essa é ampliada por uma Lei Mater de extensão analítica como a brasileira, por motivo de se tentar garantir uma determinada estabilidade jurídica. Do ponto de vista subjetivo, a dificuldade consiste em delimitar a extensão de quem pode exercê-la, com a finalidade de evitar choques entre as instâncias diversas, em virtude de que o ordenamento brasileiro permite o seu exercício, tanto através do Supremo Tribunal Federal, quanto das instâncias judiciárias inferiores.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, v. 81, p. 233, 2005.

¹⁶ AGRA, W. DE M. A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. **Revista FIDES**, v. 6, n. 1, 29 dez. 2017.

Objetivamente, a jurisdição constitucional abrange as funções constitucionais que têm por finalidade tutelar direitos e interesses que dizem respeito à matéria constitucional, enquanto em sentido subjetivo, indica um órgão diverso da magistratura ordinária, para exercer essa função, geralmente utilizando-se de procedimentos distintos daqueles utilizados na jurisdição comum¹⁷.

A jurisdição constitucional passou por um processo de desenvolvimento até o momento atual. Primeiramente, sua finalidade era a de pacificação das relações entre os sujeitos políticos; posteriormente assumiu a preocupação em estabelecer sua suprallegalidade, ou seja, o texto constitucional prevalecia perante os demais e deveria ser sempre observado; e por último a jurisdição constitucional é associada a jurisdição dos direitos fundamentais, sendo instrumento para a sua garantia, e tutelando direitos em seu texto¹⁸. O alcance da jurisdição constitucional, compreende toda prestação jurídica nos dispositivos constitucionais, garantindo o princípio da universalidade de jurisdição, regulando assim o Estado Democrático Social de Direito¹⁹. Com o surgimento do Estado Social a jurisdição constitucional incrementa-se das demandas sociais que exigem uma análise principiológica quando da análise dos casos concretos, o que por sua vez exclui a aplicação exclusiva do direito positivado. Nesse aspecto social é que se enxerga a aproximação que o Neoconstitucionalismo assumiu com a filosofia. Seria, portanto, aplicar o direito posto, a luz de uma análise filosófica e principiológica, com a finalidade de alcançar o melhor resultado possível para o caso em análise.

A supremacia das Constituições se dá dentre outros fatores pela constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam protegidos, independentemente dos vieses políticos pelos quais um país passasse. Ficaria sob o crivo do Judiciário a proteção desses direitos e não mais sob o manto do Legislativo. A partir disso, a fim de assegurar os direitos fundamentais constitucionais foram criados Tribunais Constitucionais, na segunda metade do século XX. No Brasil, com o advento da Constituição de 1988 e a ampliação dos mecanismos de controle nela inseridos, o Supremo Tribunal Federal adquiriu a competência para exercer controle concentrado de constitucionalidade, com efeitos erga omnes e de caráter vinculante em sede de repercussão geral. Uma vez o STF tendo competência para decidir sobre a jurisdição

¹⁷ RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Diritto Costituzionale*. 7ª ed., Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, pág.556.

¹⁸ VILLALÓN, Pedro Cruz. *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*. Centro de estudios políticos y constitucionales, 1999..

¹⁹ AGRA, W. DE M. A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. *Revista FIDES*, v. 6, n. 1, 29 dez. 2017.

constitucional, assim tem feito no sentido de estendê-la para atender as demandas sociais existentes no contexto brasileiro.

Trazendo o tema da jurisdição para a seara dos direitos humanos, o país que recebe um imigrante se responsabiliza por ele com relação a proteção de seus direitos. Nesse sentido, para que o imigrante tenha para si um arcabouço legal que o resguarde efetivamente, excetuando os diversos tratados internacionais temáticos, adotados em bom número pelo Brasil, é importante que a jurisdição constitucional recaia sobre eles assim como recai aos estrangeiros que fixam residência no país. Afinal, na prática de qualquer ato, legal ou ilegal, esse imigrante, seja ele temporário ou não, fará uso da legislação infraconstitucional pátria. Para tanto, deverá ser também contemplado com os direitos e garantias constitucionais por ser um sujeito de direitos, da mesma forma, deve recair sobre ele as obrigações e deveres inerentes a qualquer indivíduo que faça parte de um Estado Nacional ou nele adentre temporariamente. Portanto, entendo cabível a aplicação da subsunção do imigrante à Constituição pátria.

Contrário sensu, a Lei 13.447/17 (Lei de Migração) teve o inciso I, do §1º, do art. 1º revogado. Em seu texto o inciso trazia o conceito de migrante que a nova lei adotaria e que aqui eu reproduzo; "I - migrante: pessoa que se desloca de país ou região geográfica ao território de outro país ou região geográfica, incluindo o imigrante, o emigrante, o residente fronteiriço e o apátrida;". É possível perceber que o inciso trazia um conceito amplo do que seria o migrante, sendo a principal razão do veto:

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

Portanto, resta evidente que o presidente à época entendeu que tal conceito como se encontrava violava o princípio da igualdade trazida no art. 5º da Constituição Federal, para o Poder Executivo a igualdade tratada no referido artigo é limitada aos estrangeiros residentes. Termo que pela redação vetada estaria da mesma forma incorreto pois ele passaria a ser entendido como migrante também, além de estar em total desconformidade com a terminologia adotada internacionalmente dada a sua carga pejorativa. O termo migrante seria gênero, enquanto imigrante seria espécie. Nesse sentido não há lógica a constituição privilegiar uma espécie em detrimento do gênero da qual aquela faz parte.

Por essa razão, conforme o ponto que será melhor discutido a seguir, a interpretação de tal dispositivo constitucional deve levar em conta o *animus* do legislador que formulou toda a legislação migratória com base no conceito vedado, com a finalidade de assegurar o respeito dos direitos dessa coletividade que antes era encarada como um risco a segurança nacional, que creio ser âmago para o veto. Nesse sentido, o art. 5º deve ser interpretado alterando-se o termo “estrangeiro residente” por “migrante”, a fim de garantir segurança jurídica para essas pessoas que o integram.

Nesse mesmo pensamento, adentraremos agora no terceiro ponto levantado por Luís Roberto Barroso dentro do marco teórico do Neoconstitucionalismo, que para ele apresenta-se como a nova interpretação constitucional. A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica, que decorre naturalmente da força normativa da Constituição²⁰. Em virtude das especificidades das normas constitucionais, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, desenvolveram e, principalmente, sistematizaram princípios aplicáveis à interpretação constitucional de modo específico. Esses princípios apresentam-se como pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles²¹: “o da supremacia da Constituição; o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público; o da interpretação conforme a Constituição; o da unidade; o da razoabilidade e o da efetividade.”

A interpretação constitucional será em seu cerne realizada a partir da ponderação dos princípios constitucionais. Como se sabe, não há hierarquia nos princípios, daí a necessidade da ponderação de acordo com o caso concreto a ser analisado em dado momento, com base nisso é que ocorre o controle da racionalidade das decisões proferidas. No aspecto prático para o tema do qual se trata o presente artigo, caberia ao STF em sede de controle concentrado e os demais Tribunais em sede de controle difuso, interpretarem o caput do art. 5º da Constituição Federal, no trecho em que se refere aos estrangeiros residentes, com a seguinte redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País (migrante) a inviolabilidade do

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, v. 81, p. 233, 2005.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, v. 81, p. 233, 2005.

direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Essa posição é reforçada pelo art. 4º da Lei de Migração quando este assegura ao migrante as mesmas garantias estabelecidas aos nacionais, nos mesmos termos do art. 5º da Constituição Federal, e ainda amplia essas garantias nos incisos subsequentes. Importe trazer a baila o §1º do referido artigo da legislação infraconstitucional²²:

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

Resta evidente qual a intenção do legislador no momento da formulação do diploma legal. Seguindo as diretrizes dos tratados internacionais assinados pelo país o Poder Legislativo formulou tal diploma com o *animus* de englobar o migrante como sujeito de direitos, e no mesmo patamar dos seus nacionais em alguns deles. Nesse sentido, a interpretação extensiva do dispositivo constitucional não seria configurado como um ativismo judicial, mas tão somente a concretização da vontade do legislador.

Dessa maneira, o Brasil estaria alinhado com os Tratados Internacionais assinados, assegurando de forma efetiva a prevalência dos direitos humanos, além de promover o bem de todos sem distinção de origem, conforme apregoa como objetivo fundamental da República no art. 3º, IV da CF. Sob a nova ótica dos Direitos Humanos o Estado é responsável pela garantia da vida, da liberdade, da segurança e da igualdade, pela simples condição da pessoa humana, sem imposição de qualquer barreira que impeça a pessoa de exercer seus direitos básicos, mas isso não implica dizer que o Estado não tenha autonomia e soberania para determinar quem poderá adentrar em seu território, ele apenas deve garantir que mesmo em casos de negativa de acesso, o indivíduo tenha seus direitos humanos respeitados.

Assumindo então que o migrante, aqui utilizado como gênero, é agora resguardado pela Constituição Federal, passemos a uma análise da responsabilidade do Estado no caso de uma criança imigrante que não possua autorização dos pais para viajar e que se apresenta

²² BRASIL. LEI Nº 13.447, DE 24 DE MAIO DE 2017. **LEI DE MIGRAÇÃO**, Brasília, DF, mar 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm>. Acesso em: 14 de mai. 2020.

desacompanhada de seus pais ou responsáveis, hipótese trazida na Lei 13.447/17 em seu art. 40, inciso V.

4. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A TUTELA AO MIGRANTE

Partindo-se da premissa sustentada anteriormente de que o migrante ainda que em trânsito ou temporariamente instalado no país está amparado pela Constituição Federal, é racionalmente lógico pensar que a criança e ao adolescente imigrante deve ser aplicado o Estatuto correspondente por se tratar de um instrumento normativo especializado recepcionado pela Constituição e, portanto, plenamente apto a produzir efeitos jurídicos nas circunstâncias em que lhe couber. Ao concebermos a ideia de que o imigrante, seja qual for sua situação, tem seus direitos assegurados pela Carta Magna nacional, essa proteção irradia-se para os demais diplomas legais infraconstitucionais.

No entanto, é possível dizer que existe também um conflito de normas especiais, entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei 13.447/17. A Lei de Migração trata da criança em três pontos no seu texto. A primeira menção está no Capítulo I - Seção II – Dos Princípios e Garantias, no art. 3º, XVII, em que assevera que a política migratória reger-se-á, no que tange criança e adolescente, pela proteção integral e atenção ao superior interesses desses. Noutro ponto trata do objeto desde artigo, a possibilidade do ingresso de crianças e adolescentes em território nacional desacompanhados e desautorizados. Por último cuida da hipótese de naturalização provisória que aqui apresento apenas como informação extraordinário, visto que não será alvo de discussão nem embasamento para tese.

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, concebido na passagem da década de oitenta para a de noventa, tem em seu cerne a teoria da proteção integral que é o elemento substantivo essencial para a compreensão do Direito da Criança e do Adolescente. Por essa teoria tanto o infante quanto o púbere são considerados sujeitos de direito, entendimento diametralmente oposto àquele presente nas legislações de 1927 e de 1979 que versavam sobre a temática²³, a teoria da situação irregular.

²³ CUSTODIO, Andre. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. *Revista do direito*, n. 29, p. 22-43, 2008.

Nesta concepção havia uma resistência discursiva que produziu uma visão estigmatizada da infância aprisionando-se a conceitos positivistas clássicos da menoridade²⁴, gerando um reforço de políticas públicas de controle social. Esse modelo seguia o entendimento da ideologia da segurança nacional com sua matriz na Escola Superior de Guerra considerando apenas os riscos e suas formas de contenção, utilizando-se de métodos de controle centralizado e repressivo, sendo as crianças consideradas apenas quando assumiam a condição de objeto de interesse jurídico²⁵.

Nessa antinomia, na medida em que um mesmo fato é valorado de duas formas distintas, temos que considerar os critérios que devem balizar a solução do conflito²⁶. Primeiramente, temos o critério cronológico, aquele no qual lei posterior prevalece sobre lei anterior. Com base nesse critério, a Lei de Migração prevaleceria sobre o ECA, naquilo que versa sobre a temática de criança e adolescentes, uma vez que aquela foi promulgada em 2017, enquanto esta data de 1990. O segundo critério é o de especialidade, em que uma norma especial prevalece sobre a norma geral. No presente caso, ambas as legislações são especiais, não tendo assim, qualquer implicação no caso em tela. Por último tem-se o critério hierárquico, quando uma norma superior prevalece sobre a inferior. Novamente, não há que se falar de hierarquia no caso analisado. Tanto o critério cronológico, quanto o hierárquico são de natureza formal, por sua vez, o critério da especialidade leva em consideração a natureza material da norma, sendo, portanto, um critério interpretativo.

Estando presente no sistema jurídico, o fenômeno da antinomia deverá ser suprido, pois o princípio da unicidade do sistema jurídico formula a ideia teórica da coerência²⁷. Marcos Fabus, conforme José Rodríguez Rivera, define que a antinomia jurídica é do tipo semântica²⁸. Para ele a antinomia ocorre quando as partes interessadas, no momento da interpretação do texto da lei, concluem em sentidos opostos. Utilizando a premissa de Kelsen de que a antinomia pode

²⁴ CUSTODIO, Andre. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do direito**, n. 29, p. 22-43, 2008.

²⁵ CUSTODIO, Andre. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do direito**, n. 29, p. 22-43, 2008.

²⁶ TARTUCE, Flávio. Breve estudo das antinomias ou lacunas de conflito. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 879, 29 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7585>. Acesso em: 14 maio 2020.

²⁷ BOAVENTURA, Bruno José Ricci. A solução das antinomias jurídicas aparentes inseridas na consolidação das leis. **Boletim de Direito Administrativo (BDA) doutrina–pareceres–jurisprudência–legislação–tribunais de contas (decisões e orientações)**, n. 9, 2007.

²⁸ BOAVENTURA, Bruno José Ricci. A solução das antinomias jurídicas aparentes inseridas na consolidação das leis. **Boletim de Direito Administrativo (BDA) doutrina–pareceres–jurisprudência–legislação–tribunais de contas (decisões e orientações)**, n. 9, 2007.

e deve ser resolvida pela via interpretativa, pois apresenta-se conciliável ao conceito de sistema jurídico do direito, uma vez que, não fere o princípio da unidade do sistema e a ideia da coerência entre os elementos normativos²⁹. Temos na hipótese analisada a ocorrência de antinomia jurídica real, na medida em que seus requisitos são atendidos, são eles³⁰:

a) ambas as normas são jurídicas; b) normas vigentes e pertencentes a um mesmo ordenamento jurídico; c) ambas as normas tenham operadores opostos (enquanto um permite o outro obriga) e seus conteúdos sejam a negação interna um do outro; d) ambas emanam de autoridades competentes; e) que o sujeito a que se dirigem as normas fique numa posição insustentável.

Analisemos a antinomia da Lei 13.445/17, no que versa sobre criança e adolescente, com o Estatuto da Criança e do Adolescente. Para a solução da antinomia o intérprete se utiliza da objetividade dos critérios mencionados anteriormente, com vistas a evitar valorações altamente subjetivas de forma que prejudique o sujeito a que se dirigem aquelas normas conflitantes, criando soluções distintas para uma mesma antinomia a cada caso concreto³¹. Utilizando apenas o critério cronológico, a aplicação do ECA para o migrante ficaria limitado, não podendo ser empregado na hipótese de entrada de migrante menor de idade que esteja desacompanhado ou desautorizado. Todavia, no todo restante seria plenamente aplicável tendo em vista que a Lei de Migração não trouxe nenhuma outra especificidade que limite a aplicação do Estatuto.

Entretanto, teríamos uma quebra da isonomia de tratamento entre o menor migrante e o menor brasileiro. É sabido que em nome da proteção integral nenhuma criança ou adolescente menor de 16 anos poderá viajar desacompanhado para fora da comarca que reside sem a devida autorização dos pais ou responsáveis, conforme o art. 83 do ECA, redação dada pela Lei 13.812, de 2019. Quando falamos de viagens internacionais a única hipótese de dispensa de autorização se dá quando ambos os pais ou responsáveis acompanham o menor na viagem. O art. 84 do ECA, apresenta ainda uma segunda hipótese para a dispensa, no entanto, não entendo possível, visto que o próprio texto diz que em caso de companhia de apenas um dos pais, deve haver

²⁹ BOAVENTURA, Bruno José Ricci. A solução das antinomias jurídicas aparentes inseridas na consolidação das leis. **Boletim de Direito Administrativo (BDA) doutrina–pareceres–jurisprudência–legislação–tribunais de contas (decisões e orientações)**, n. 9, 2007.

³⁰ BOAVENTURA, Bruno José Ricci. A solução das antinomias jurídicas aparentes inseridas na consolidação das leis. **Boletim de Direito Administrativo (BDA) doutrina–pareceres–jurisprudência–legislação–tribunais de contas (decisões e orientações)**, n. 9, 2007.

³¹ BOAVENTURA, Bruno José Ricci. A solução das antinomias jurídicas aparentes inseridas na consolidação das leis. **Boletim de Direito Administrativo (BDA) doutrina–pareceres–jurisprudência–legislação–tribunais de contas (decisões e orientações)**, n. 9, 2007.

autorização expressa do outro responsável que não realizará a viagem. Ao final da seção, existe ainda, a proibição expressa de viagem de qualquer menor nato que esteja acompanhado de estrangeiro que não possua autorização para tanto.

Em sentido diametralmente oposto, a Lei de Migração em seu artigo 40, inciso V, estabelece que, excepcionalmente, poderá ser permitida a entrada de menor de idade desacompanhado e desautorizado. Seria o mesmo que permitir que um brasileiro nato saísse do país sem qualquer garantia. Internamente, tal conduta seria veementemente reprovada, em razão do princípio da máxima proteção. Por qual razão então permitiríamos o ingresso desse migrante infante? Não é o escopo do presente artigo, mas dada a falta de segurança e garantias poderíamos estar diante de uma legalização do tráfico de crianças.

Em consulta pública realizada no ano de 2019, fora encaminhado um questionamento tanto ao Ministério das Relações Exteriores (MRE), quanto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), responsáveis pela concessão do visto e Polícia Federal, respectivamente.

Como resposta, o MRE encaminhou:

Em atenção à sua solicitação de acesso informamos que, como o art. 10, inciso III, da Lei 13.445/17, de 24 de maio de 2017 estabelece que não se concederá visto “a menor de 18 (dezoito) anos desacompanhado ou sem autorização de viagem por escrito dos responsáveis legais ou de autoridade competente”, não há dados disponíveis sobre concessão de vistos para crianças desacompanhadas e desautorizadas. O art. 40, inciso V da referida lei, mencionado na consulta, refere-se à admissão excepcional no País, de responsabilidade da autoridade de controle migratório, e não a concessão de visto, de responsabilidade deste Ministério.

Por sua vez o MJSP em resposta, enviou Mensagem Eletrônica nº 812/2019-SIC/DIREX/PF e nº 729/2019-SIC/DIREX/PF, respectivamente:

[...] 2. Com relação ao seu requerimento nos termos da Lei 12.527/11, esclareço que no período de 2010 até a data de hoje, 11/10/2019, há o registro de ingresso de 196 crianças desacompanhadas. A partir da vigência da Lei 13.445/17 tivemos o ingresso de 06 crianças desacompanhadas, todas nacionais. 3. Não é possível informar as razões para permissão tendo em vista que o sistema não gera relatório com a informação. [...].

[...] 2. Com relação ao seu requerimento nos termos da lei 12.527/2011, esclareço que em consulta aos sistemas disponíveis para análise, pesquisa com filtro para a entrada de menor desacompanhado, no período disponível para pesquisa, de janeiro de 2007

a julho de 2019, resultou em 217 atendimento, sendo 215 brasileiros, 01 de nacionalidade paraguaia, e 01 da Suécia. No entanto, não é possível verificar os dados quanto as razões para a permissão de ingresso, e ne, publicação sobre tal assunto. [...]

O ato de ingresso e permanência do migrante em território nacional relaciona-se à discricionariedade do Estado, podendo este aceitar ou não que uma determinada pessoa permaneça em território nacional³². Da leitura e interpretação das respostas encaminhadas pelos órgãos, resta evidente que a permissão de ingresso do infante e do púbere, para a hipótese do inciso V do art. 40 da Lei 13.445/17, está vinculada exclusivamente a discricionariedade do agente migratório. O Decreto 9.199/2017 tem por finalidade regulamentar o Lei de Migração, e em seu art. 174, §2º assevera que nos casos de admissão excepcional de menores de idade desacompanhados e desautorizados pelos pais, o prazo desta permissão será de 30 (trinta) dias. Em regra, para ser admitido em território nacional o migrante deverá ter em sua posse um documento que o identifique sendo que a nova legislação admite como documentos de viagem o passaporte; documento de identidade civil, ou documento estrangeiro equivalente³³.

Como aventado anteriormente, poderíamos ter a configuração do crime de tráfico de crianças, sem que essas tenham qualquer resguardo. Deixar a cargo da discricionariedade do agente fronteiriço a permissão de ingresso, configuraria, inequivocamente, uma afronta ao princípio da proteção integral. Levando em consideração que o órgão responsável não tem registros das razões que embasam a aplicação da excepcionalidade da norma posta, tanto a segurança do menor, quanto a análise de dados para o combate ao crime de tráfico restam severamente prejudicadas.

Pode surgir a ponderação de que tal permissão seja para abarcar aquelas crianças refugiadas ou apátridas, no entanto, a própria legislação migratória alerta que a lei sobre refugiados deve ser observada nas situações em que envolvam refugiados. Nesse sentido, o ingresso irregular já está presente na Lei 9.474/97, em seu art. 8º o diploma legal expõe que o refúgio pode ser pedido, ainda que o ingresso no território tenha se dado por meios irregulares. Portanto, não haveria a necessidade da concessão excepcional de ingresso trazida na lei de

³² GUERRA, Sidney. A nova lei de migração no Brasil: avanços e melhorias no campo dos direitos humanos. **Revista de Direito da Cidade**, v. 9, n. 4, p. 1717-1737, 2017.

³³ GUERRA, Sidney. A nova lei de migração no Brasil: avanços e melhorias no campo dos direitos humanos. **Revista de Direito da Cidade**, v. 9, n. 4, p. 1717-1737, 2017.

migração para aqueles que pretendem pleitear refúgio. O que ocorre com a edição do novo texto é a perda da objetividade na análise da condição do migrante.

Para esclarecer a temática, abaixo segue a razão de veto a um inciso do art. 40, que permitiria a concessão de visto de residência para fins de reunião familiar³⁴.

IV - seja criança ou adolescente que esteja acompanhado de responsável legal residente no País, desde que manifeste a intenção de requerer autorização de residência com base em reunião familiar;

Razões do veto:

Os dispositivos poderiam possibilitar a entrada de crianças sem visto, acompanhada de representantes por fatores de sociabilidade ou responsável legal residente e, com isso, facilitar ou permitir situações propícias ao sequestro internacional de menores.

Nesse caso a criança acompanhada por um dos seus responsáveis não adquire o visto de residência sob a alegação de que poderia ser vítima de sequestro internacional. Não se questiona o teor do veto, mas a aplicação dicotômica do princípio da proteção integral da criança por parte do Poder Executivo. Se uma criança, acompanhada do responsável legal que pretenda visto com fins de reunião familiar não pode adentrar no território pátrio, sob a alegação supramencionada, por qual razão seria então permitida, ainda que excepcionalmente, a entrada de um menor desacompanhado e desautorizado? É possível vislumbrar uma falha do legislador que incluiu esse texto e do executivo, que no uso de suas atribuições deixou de vetar tal dispositivo.

5. CONCLUSÃO

A situação do migrante no Brasil e a atenção despendida pelo Estado na promoção da sua proteção sofreram radical reviravolta que culminou na edição da Lei 13.445/17, que comparada a legislações estrangeiras se apresenta como vanguardista. O rompimento com o pensamento de imigrante a partir do conceito de segurança nacional, oriundo da Escola Superior da Guerra, para a adoção do conceito de sujeito de direitos apresentado pela doutrina dos Direitos Humanos é, sem dúvidas, um ponto de virada para a temática sobre migração enquanto gênero.

O reconhecimento do migrante como sujeito de direitos também apresentou um outro ponto relevante. Dada a característica inerente do Direito Internacional, qual seja, a existência

³⁴ <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-veto-152813-pl.html>, Acesso em: 20/05/2020, às 15:45.

da soberania das nações e a conseqüente auto determinação dos povos, como fazer com que naqueles países que não ratificaram os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, o migrante seja respeitado enquanto sujeito de direitos? Nesse prisma é que reputasse necessário que a Carta Magna da nação contemple o migrante com os direitos e deveres dos nacionais. O respeito aos Direitos Humanos recai sobre o Estado no qual o migrante esteja, trata-se da jurisdição. Logicamente não há como nacionais e migrantes terem os mesmo direitos e deveres, dada a segurança nacional, aqui empregada apenas como meio de manutenção do Estado. Os direitos e deveres estendidos seriam aqueles fundamentais, inerentes da condição de ser humano, e os sociais.

Para isso, a hermenêutica neo-constitucionalista é essencial. A Lei de Migração já apresenta essa possibilidade em seu texto, no entanto, será a partir dos tribunais que essa interpretação será possível. Tendo então a constitucionalização do migrante como base, e por ser a Constituição o cume da pirâmide Kelseniana, o migrante deve ser tutelado pelas normas infraconstitucionais existentes. Nesse aspecto o ECA, norma especializada que versa sobre a proteção do infante e do púbere deve ser aplicado por analogia ao menor migrante. O texto da Lei de Migração quando trata sobre a entrada de crianças e adolescentes desacompanhados e desautorizados não atende ao princípio da proteção integral do menor, princípio que é basilar no direito pátrio. O risco apresentado na hipótese aumenta quando é estabelecido que o ingresso do menor fica a cargo da discricionariedade do agente migratório. No decreto 9.199/17 ficou estabelecido que o prazo limite de permanência desse menor é de 15 dias, ou seja, tratar-se-ia de um visitante. No entanto, valeria expor a criança ao risco de camuflada como visitante, se tratar de um imigrante ilegal com possibilidade de ser uma vítima de tráfico humano? Confiar a proteção integral do menor à discricionariedade do agente apresenta-se como uma temeridade.

Nesse aspecto, entendo ser aplicável o ECA por analogia. Se este estabelece que um nacional não pode retirar-se do país sozinho sem autorização dos responsáveis, ou na presença de um desses, autorizado pelo outro, um migrante não poderia ingressar sem autorização e desacompanhado. Somado a isso, o executivo à época vetou um inciso do mesmo artigo 40 da Lei 13.445/17 que permitiria o ingresso de menor acompanhado de responsável com finalidade de reunião familiar e posterior pedido de visto de permanência. Se acompanhado não poderia adentrar, sob a alegação de possível sequestro de menor, o que dirá de uma hipótese em que sequer o menor esteja acompanhado, há aqui também a hipótese de tráfico infantil, que da mesma forma deve ser coibido. Por isso, a aplicação do ECA se mostra uma possibilidade teórica, via jurisprudência, para afastar a aplicação do art. 40, V, da Lei 13.445/17.

REFERÊNCIAS

AGRA, W. DE M. A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. **Revista FIDES**, v. 6, n. 1, 29 dez. 2017.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, v. 81, p. 233, 2005.

BRASIL. LEI Nº 13.447, DE 24 DE MAIO DE 2017. **LEI DE MIGRAÇÃO**, Brasília, DF, mar 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/113445.htm>. Acesso em: 14 de mai. 2020.

Brasil registra mais de 700 mil migrantes entre 2010 e 2018 <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1566502830.29>. Acesso em 01, janeiro, 2020.

BOAVENTURA, Bruno José Ricci. A solução das antinomias jurídicas aparentes inseridas na consolidação das leis. **Boletim de Direito Administrativo (BDA) doutrina- pareceres- jurisprudência- legislação- tribunais de contas (decisões e orientações)**, n. 9, 2007.

CALÇA, Cassia Regina; ROCHA, Jiuliani Santos; DIAS, Eliotério Fachin. SOBERANIA E O DIREITO DO MIGRANTE INTERNACIONAL NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO. **REVISTA JURÍDICA DIREITO, SOCIEDADE E JUSTIÇA**, v. 7, 2018.

CEPIK, Marco. Segurança Nacional e Segurança Humana: problemas conceituais e consequências políticas, 1. 2001.

CUSTODIO, Andre. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do direito**, n. 29, p. 22-43, 2008.

DE MELO FRANCO, Afonso Arinos, As doutrinas políticas contemporâneas e suas relações com a segurança nacional (1958), A PALAVRA DOS CHANCELERES NA ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA (1952-2012), Brasília, 2018

GUERRA, Sidney. Alguns aspectos sobre a situação jurídica do não nacional no Brasil: da lei do estrangeiro à nova lei de migração. **Revista Direito em Debate**, v. 26, n. 47, p. 90-112, 2017.

GUERRA, Sidney. A nova lei de migração no Brasil: avanços e melhorias no campo dos direitos humanos. **Revista de Direito da Cidade**, v. 9, n. 4, p. 1717-1737, 2017.

MAIA, Antonio Cavalcanti. Sobre a Teoria Constitucional Brasileira e a Carta Cidadã de 1988: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo. **Revista Quaestio Iuris**, v. 4, n. 1, p. 1-86, 2011.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Diritto Costituzionale*. 7ª ed., Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, pág.556.

TARTUCE, Flávio. Breve estudo das antinomias ou lacunas de conflito. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 879, 29 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7585>. Acesso em: 14 maio 2020.

VILLALÓN, Pedro Cruz. **La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución**. Centro de estudios políticos y constitucionales, 1999..

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13445-24-maio-2017-784925-veto-152813-pl.html>, Acesso em: 20/05/2020, às 15:45.