

O MIGRANTE NO CAMPO: A DIFICULDADE DOS DIREITOS HUMANOS PROTEGEREM O NÃO NACIONAL

THE MIGRANT IN THE CAMP: THE DIFFICULTY OF HUMAN RIGHTS PROTECTING NON-NATIONALS

Artigo recebido em 18/03/2023

Artigo aceito em 14/04/2023

Artigo publicado em 23/10/2023

Claudia Valim Rossi

Advogada inscrita na OAB/PR sob nº 97.261; Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá – UEM; Pós-graduanda em Direito Digital pelo CERS. E-mail: claudia@bandeiracamposrossi.adv.br.

Marcus Geandré Nakano Ramiro

Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar (UniCesumar); Pesquisador Bolsista na Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI); Mestre e Doutor em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; bacharel em Direito e Música pela Universidade Estadual de Maringá; Advogado. E-mail: marcus.geandre@gmail.com.

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar as políticas e legislações migratórias a partir dos conceitos “estado de exceção”, “homo sacer” e “campo” desenvolvidos por Giorgio Agamben em seu livro “Homo Sacer”. Por meio da pesquisa bibliográfica, investiga-se a origem histórica dos direitos humanos e sua relação com o Estado-nação e como essa relação cria um espaço de *exceção* em que esses direitos não se aplicam, relacionando com a questão migratória. Após, traça-se a evolução das políticas e legislações migratórias e analisa-se de que forma elas mantiveram o migrante na figura de *homo sacer*. Por fim, analisa-se se a Lei de Migração, de fato, rompeu com o paradigma de proteção da “segurança nacional” presente no Estatuto do Estrangeiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito humanos; Direitos da personalidade; Migração; Homo sacer.

ABSTRACT: The objective of this article is to analyze migration policies and legislation based on the concepts “state of exception”, “homo sacer” and “camp” developed by Giorgio Agamben in his book “Homo Sacer”. Through bibliographical research, the historical origin of human rights and their relationship with the nation-state are investigated and how this relationship creates a space of exception in which these rights do not apply, relating to the migration issue. Afterwards, the evolution of migration policies and legislation is traced and the way in which they maintained the migrant in the role of *homo sacer* is analyzed. Finally, it is analyzed whether

the Migration Law, in fact, broke with the paradigm of protecting “national security” present in the Foreigner Statute.

KEYWORDS: Human rights; Personality rights; Migration; Homo sacer.

Sumário: 1 Introdução 2 Estado de exceção, “homo sacer” e o campo 3 O migrante situado no campo 4 O histórico das políticas e legislações migratórias no Brasil 5 A promessa de mudança de paradigma da Lei de Migração 6 Conclusão 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é investigar se a formulação trazida no contexto das declarações de direito humanos são suficientes ou se permitem e fundamentam a criação de zonas de exclusão. Caso sejam insuficientes, indaga-se se há outras perspectivas de proteção da pessoa mais adequadas.

A relevância dessa discussão se dá especialmente no contexto que se trará como enfoque: a migração. Partindo da obra “Homo Sacer” de Giorgio Agamben para realização da análise, observa-se que a forma como foram concebidos os direitos humanos faz com que, ao mesmo tempo em que se preveem direitos inerentes e inalienáveis ao homem, sua efetiva tutela fica submetida a ação do Estado-nação e de sua configuração como “direitos do cidadão”, de forma que imigrantes, refugiados e apátridas se encontrem, muitas vezes, numa circunstância de “homo sacer”.

Para desenvolver a pesquisa, utilizou-se como metodologia a qualitativa, tratando-se, em relação ao procedimento metodológico, de uma pesquisa teórica realizada por meio da revisão narrativa, de forma que os trabalhos selecionados para desenvolver a discussão foram escolhidos a partir de um critério subjetivo do pesquisador. O tipo da pesquisa realizada é, quanto à vertente, jurídico-sociológica, uma vez que busca analisar o fenômeno jurídico de forma interdisciplinar, em diálogo com outras áreas do conhecimento; quanto à técnica, esta é predominantemente jurídico-compreensiva. Já a abordagem metodológica utilizada na pesquisa foi a hipotético-dedutiva, com o levantamento de hipóteses que foram analisadas em cada uma das seções deste artigo.

Inicialmente será apresentado o marco teórico utilizado para a realização da análise. O texto abordará os conceitos apresentados por Giorgio Agamben em sua obra “Homo Sacer”. Serão exploradas, principalmente, as ideias trazidas por ele de *estado de exceção*, *homo sacer* e *campo*.

Uma vez estabelecidos esses conceitos, será avaliada a construção histórica dos direitos humanos, como eles se relacionam com o Estado-nação e criam espaços em que acabam não sendo aplicados, formando verdadeiros *campos*, e de que forma os migrantes se situam nesse *campo*.

Após, será abordado o histórico das políticas e legislações acerca da migração no Brasil e de que forma, mesmo em períodos de incentivo, elas produziram o *campo*.

Por fim, serão analisadas as modificações produzidas pela Lei de Migração (Lei n.º 13.455/2017) verificando se ela provê uma verdadeira mudança de paradigma no tratamento dispensado ao migrante, ou se ainda mantém uma perspectiva de “segurança nacional” e de seleção do migrante “desejado”.

2 ESTADO DE EXCEÇÃO, “HOMO SACER” E O CAMPO

Giorgio Agamben (2002, p. 9) parte de uma divisão grega da palavra vida para compreender a política moderna. Para os gregos havia a *zoé* e a *bíos*, ambas significam vida, mas, mesmo assim, possuem significados distintos. *Zoé* é a vida natural, o fato de viver, já a *bíos* indica uma forma de viver específica, própria de um determinado indivíduo ou de um grupo.

Essa distinção é relevante na organização social grega porque se entendia que a *zoé* deveria se realizar apenas no âmbito do *ôikos*, não sendo incluída na *pólis*. A *bíos*, por outro lado, essa sim, era discutida politicamente. O que Agamben argumenta então, é que o que caracteriza a modernidade é justamente o ingresso da *zoé* na política. Isso permite que o Estado possa exercer poder sobre a vida nua e, conseqüentemente, sobre a morte.

Esse ingresso da *zoé* na *pólis* só é possível por conta da lógica da soberania vigente nos Estados Modernos, pela recriação da figura do “homo sacer” e pela construção do campo como paradigma biopolítico do moderno.

“O paradoxo da soberania se enuncia: “o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico” (AGAMBEN, 2002, p. 23). Isso ocorre porque o autor, pautado das formulações de Schmitt, entende soberania como o poder de decidir sobre o estado de exceção, de forma que o poder soberano tem origem e legitimação na ordem jurídica, mas, ao mesmo tempo, o soberano tem o poder de suspender o ordenamento jurídico (quanto instituí o estado de exceção).

Ora, a norma jurídica tem, por natureza, um certo nível de generalidade. É condição fundamental para que ela seja aplicável, especialmente em uma modernidade em que há uma

infinidade de situações complexas que não podem ser todas previamente previstas em lei. Por outro lado, é justamente o caráter genérico da norma que exige que ela também preveja exceções para que possa ser, de fato, aplicável. Assim, a norma prevê o crime de homicídio, mas ao mesmo tempo dispõe sobre as circunstâncias em que a morte de uma pessoa não constituirá homicídio. Agamben (2002, p. 28) usa como exemplo “a morte de um homem não como violência natural, mas como violência soberana no estado de exceção.

A exceção é uma espécie da exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão. A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta. (AGAMBEN, 2002, p. 25)

A norma jurídica serve então para instituir uma ordem, para determinar qual a situação esperada, normal, média, mas também traz em si contida as situações excepcionais. O soberano é justamente aquele que tem o poder de decidir se esta normalidade instituída vigorará de fato, ou seja, ao poder instituir o estado de exceção ele também terá o poder de definir os limites da ordem e da normalidade.

Justamente por esta decisão caber, em última instância, ao soberano, que a exceção possui uma localização indeterminada. “(...) A exceção soberana representa um limiar ulterior: ela desloca o contraste entre duas exigências jurídicas numa relação-limite entre o que está dentro e o que está fora do direito” (AGAMBEN, 2002, p. 30). Também por isso que Agamben (2002, p. 27) argumenta que “o próprio estado de exceção, como estrutura política fundamental, em nosso tempo, emerge sempre mais ao primeiro plano e tende, por fim, a tornar-se regra.”

Outra discussão importante discussão que havia entre os gregos era a divisão entre a natureza (*phýsis*) e a ordem jurídica (*nómos*). Também é interessante observar que o *nómos* era formado, na concepção grega entre a *Bía* (violência) e a *Diké* (justiça). Platão recusava essa divisão, advogando em prol de uma lei da natureza, no entanto, os sofistas reforçavam essa divisão alegando que a anterioridade da natureza à ordem jurídica justificaria a lei do mais forte.

Na era moderna, Hobbes justamente justifica o poder soberano nessa dicotomia entre *phýsis/nómos*, mas para ele, ao contrário dos sofistas, deveria prevalecer o poder soberano justamente como uma forma de evitar a violência do estado de natureza. “Em ambos os casos, ainda que em sentido aparentemente oposto, a antinomia *phýsis/nómos* constitui o pressuposto que legitima o princípio de soberania, a indistinção de direito e violência.” (AGAMBEN, 2002, p. 41)

Após, o autor se dedica a conceituar o “homo sacer”. Originalmente, é uma figura que existia no direito romano que era, ao mesmo tempo matável e insacrificável. Na antiguidade as execuções estavam mais relacionadas à ritos religiosos (muitas vezes, de purificação) do que o que hoje entendemos por uma pena de morte.

Nesse contexto, era possível que alguém fosse expulso da jurisdição humana, mas sem que isso significasse ter passado para a jurisdição divina, ficando numa zona de indistinção. Estando fora da jurisdição humana, essa pessoa poderia ser morta sem que isso constituísse um homicídio, mas, estando também excluída da jurisdição divina, sua morte fora dos rituais religiosos não implicava em sacrilégio.

Assim como, na exceção soberana, a lei se aplica de fato ao caso excepcional desaplicando-se, retirando-se deste, do mesmo modo o homo sacer pertence ao Deus na forma da insacrificabilidade e é incluído na comunidade da forma da matabilidade. A vida insacrificável e, todavia, matável, é a vida sacra. (AGAMBEN, 2002, p. 90)

Por fim, o *campo* ocorre quando essa zona de indistinção (de um limiar onde a vigência do direito entra em suspensão), que caracteriza tanto o estado de exceção quanto o “homo sacer”, passa a existir de forma estável (não mais limitada, então, temporalmente) em um determinado espaço. “*O campo é o espaço que se abre quando o estado de exceção começa a tornar-se regra*” (AGAMBEN, 2002, p. 175 e 176)

3 O MIGRANTE SITUADO NO CAMPO

O direito moderno entende que a proteção integral da pessoa ocorre quando nela é reconhecida sua dignidade, havendo a previsão de uma série de direitos que decorrem de sua natureza de pessoa e que a protegem internacional e transnacionalmente (direitos humanos), internamente em sua relação com o Estado (direitos fundamentais) e em suas relações privadas (direitos da personalidade).

Apesar de essa configuração não apresentar, a princípio, lacunas; quando esses direitos se relacionam com a configuração do Estado-nação, cria-se um *campo* em não vigoram esses direitos, criando-se no imigrante (em especial o irregular ou ilegal), no refugiado e no apátrida a figura do “*homo sacer*”. Para compreender como essa relação ocorre, é preciso retornar às primeiras declarações de “direitos do homem” para analisar suas contradições e exceções que permitiram a criação do campo.

Lynn Hunt (2009) afirma que a Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 e a Declaração Universal do Homem e do Cidadão de 1789 inauguraram um novo paradigma político. Até então, o direito era pensado ou numa visão particularista (direitos específicos de um povo ou tradição nacional) ou numa visão universalista (os direitos do homem em geral), no entanto, a visão universalista tinha pouca ou nenhuma adesão dos Estados.

No contexto da Revolução Americana, foi importante para os colonos, em um dado momento, adotar a visão universalista. Até então eles reivindicavam direitos à Coroa Britânica sob o fundamento de terem seus direitos de homens ingleses livres violados, mas, quando o movimento pendeu para a independência, não era mais lógico apelar aos direitos do povo inglês para romper com a Inglaterra. Assim, a perspectiva universalista dos direitos passou a ser adotada e, para além de trazer uma justificativa jurídica mais adequada para o rompimento, também ajudou os colonos a pensar esse novo país a ser construído.

Na Declaração de Independência, então, o fundamento é feito a partir direitos do homem, sob uma perspectiva universalista, no entanto, posteriormente, com a edição do *Bill of Rights* os americanos voltam a pensar os direitos numa perspectiva particularista. Independentemente disso, essa importância dada, até então, aos direitos do homem já havia influenciado o debate na Europa e, particularmente, na França.

Com a convocação da Assembleia dos Estados Gerais na França foi aberta a oportunidade para que vários delegados redigissem declarações de direitos. O contexto de crise favoreceu o crescimento da linguagem dos direitos do homem, especialmente quando se começou a entender que a autoridade monárquica não precisava somente de alguns reparos, mas que um novo governo deveria ser constituído.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão transformou a linguagem do mundo e essa perspectiva universalista dos direitos humanos se difundiu, de forma que, graças à essas Declarações, essa visão jusfilosófica que, até então, ocupava papel secundário no debate público, passou a ser central influenciando o direito até os dias de hoje.

Essa construção de “direitos do homem” possui uma contradição central que já é possível de ser notada em seu desenvolvimento histórico. Nos Estados Unidos, a concepção universalista de direitos somente foi adotada apenas quando havia um interesse em romper com um Estado (o Reino Unido), mas, assim que eles constituíram seu próprio Estado, a concepção particularista foi novamente utilizada.

Quanto à declaração francesa, a contradição encontra-se no próprio nome: *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*. É incerto se os termos *direitos do homem* e *direitos do*

cidadão são “realidades autônomas ou formam em vez disso um sistema unitário, no qual o primeiro já está desde o início contido e oculto no segundo; e, neste caso, que tipo de relações existe entre eles.” (AGAMBEN, 2002, p. 133).

Independentemente, na prática o que se observou (e ainda se observa em grande medida) é que “(...) no sistema do Estado-nação, os ditos direitos sagrados e inalienáveis do homem mostram-se desprovidos de qualquer tutela e de qualquer realidade no mesmo instante em que não seja possível configurá-los como direitos dos cidadãos de um Estado.” (AGAMBEN, 2002, p. 133).

“(...) Os direitos são atribuídos ao homem (ou brotam dele), somente na medida em que ele é o fundamento, imediatamente dissipante (e que, aliás, não deve nunca vir à luz como tal), do cidadão” (AGAMBEN, 2002, p. 135). Isso ocorre justamente porque, com a declarações, a soberania estatal deixa de ser a régia e passa a ser nacional. Com o nascimento do cidadão, nasce, também a nação, de forma que ambos estão intrinsecamente ligados.

Os imigrantes, refugiados e apátridas se encontram muitas vezes nesse limiar dissipante entre o direito humano e o direito do cidadão, de forma que ficam completamente desprotegidos. Para além, eles são muitas vezes tratados como inimigos do Estado em que se encontram, uma ameaça à segurança e ao trabalho nacional, sendo vítimas da arbitrariedade soberana daquele Estado.

4 O HISTÓRICO DAS POLÍTICAS E LEGISLAÇÕES MIGRATÓRIAS NO BRASIL

Avaliando a história das imigrações internacionais para o Brasil, e suas respectivas legislações, é possível delinear de forma mais clara que eles se encontram numa área de exceção estável, ora adquirindo mais direitos, ora perdendo-os, dependendo da conveniência do soberano, mas sem nunca deixa o *campo*.

Os primeiros fluxos migratórios para o Brasil foram dos colonizadores europeus e dos escravos africanos traficados para o continente, no entanto, como essas pessoas já possuíam papéis sociais já estabelecidos, elas não eram consideradas imigrantes. (WERMUTH, AGUIAR, 2018, p. 231).

Em relação a entrada de estrangeiros no país, essa era praticamente livre até 1820, quando foi determinada a exigência de passaporte para a entrada ou saída do país. Esse decreto previa até a possibilidade da prisão do estrangeiro que não portasse passaporte válido.

Posteriormente, o Decreto n.º 212, de 1890, retirou essa exigência em tempos de paz. (CLARO, 2015, pp. 123 a 125):

John Torpey (2000) constata que, desde a Revolução Francesa, o passaporte foi um dos aspectos principais para a criação de um “Estatidade” (State-ness). Portanto, essa documentação fez parte da construção, do desenvolvimento e da busca de Hegemonia por parte desse Estado, sendo um dos principais elementos estatais que penetram na vida social das pessoas. (SILVA, 2012, p. 81)

A exigência da documentação somada a criminalização daqueles que não a portassem já traz elementos do que no futuro seria a criminalização da migração, situação em que o direito de ir e vir não apenas não é reconhecido quando ultrapassa fronteiras nacionais, como também é tipificado criminalmente, criando toda uma categoria de pessoas consideradas “ilegais”.

No período colonial, no entanto, ainda não havia interesse estatal por essa criminalização da imigração, mas um interesse seletivo nela. Isso porque vigorava no Brasil uma prática eugênica muito particular. Naquele tempo, entendia-se que a miscigenação trazia a deterioração da raça, uma vez que selecionaria as piores características das raças que se misturavam. No contexto já bastante miscigenado brasileiro, no entanto, essa teoria ganhou novos contornos, sendo reinterpretada.

A partir de então, incentivou-se a entrada de imigrantes brancos europeus a fim de aumentar o elemento branco (considerado superior) nas miscigenações o que eliminaria as características negativas das outras raças (consideradas inferiores). Por outro lado, já havia um temor que essas migrações gerassem uma concorrência com o trabalho dos brasileiros, de forma que estimuladas justamente em territórios menos colonizados (como o sul do Brasil) também como forma de garantir a posse de territórios que, a princípio, seriam do domínio espanhol. (CARNEIRO, 2017, p. 65).

Nesse contexto, então, houve um estímulo e promoção dessas migrações, de forma que a Constituição de 1891 assegurou direitos aos estrangeiros equivalentes aos dos brasileiros, no entanto, a constituição já previa um regime de exceção com uma política de expulsão dos estrangeiros considerados “perigosos a ordem pública” ou “nocivos aos interesses da República” (BRASIL, 1891).

Embora anterior, essa previsão não estava em descompasso com um movimento de instituição legal de imigrantes indesejáveis e a possibilidade de sua deportação que se iniciou na América latina com a promulgação, em 1902, após anos de debate, da *Lei de Expulsão*, oficialmente denominada de *Lei de Residência para Estrangeiros*.

Proposta em 1899, pelo Senado Miguel Cané, a lei foi muito criticada por deputados e acadêmicos devido à grande discricionariedade conferida ao Poder Executivo, no entanto, em novembro de 1902 ocorreram intensas greves gerais na Argentina e a responsabilidade por elas foram atribuídas a imigrantes italianos e espanhóis. A partir de então, a referida lei foi aprovada rapidamente e, com a declaração de Estado de Sítio, houve a deportação em massa de trabalhadores imigrantes. Após, diversos países da América latina aprovaram legislações semelhantes. (CARNEIRO, 2017, p. 63)

Nesse giro, que coincide com a chegada à América das ideias anarquistas e socialistas que marcaram, no século XIX, o movimento social europeu, a imigração deixa de ser entendida, nos recentes Estados sul-americanos, como necessidade à formação do povo e passa a ser concebida com reservas, pela ameaça que determinados imigrantes representariam às instituições estatais nascentes. (CARNEIRO, 2017, p. 63)

Mesmo em períodos de incentivo à imigração, os direitos dos imigrantes podem ou não se dissipar, conforme os interesses do Estado-nação em que ele se encontra. Aqui já se pode observar essa indistinção entre direito e violência a que falava Agamben. Isso também se verifica com a atribuição conferida à polícia para a realização do controle migratório, o que existe desde 1817 até os dias de hoje.

Outra questão que começou a ocorrer mesmo é que havia um temor aos imigrantes tidos como “não assimiláveis”, uma vez que se creditava que eles poderiam criar toda uma economia, cultura e política paralelas à do governo central. Comunidades de imigrante, principalmente alemães e japonesas, passaram a ser sujeitas à intervenção militares, havendo controle sobre o que era ensinado em suas escolas e veiculado em seus jornais (CARNEIRO, 2017, p. 72). A partir de então, privilegia-se a vinda de europeus de origem latina que eram considerados mais facilmente *assimiláveis*. (WERMUTH, AGUIAR, 2018, p. 233)

O conceito de “nação unívoca” e presumidamente “latina” pela civilização, no final do século XIX, assume importância crucial na determinação seletiva do “imigrante ideal”. Desse modo, aqueles imigrantes que, nos primeiros anos da República, fizeram parte do processo de construção das cidades brasileiras e da identidade nacional, acabaram se transformando em vítimas da exclusão social. (WERMUTH, AGUIAR, 2018, p. 233)

É nesse contexto que surge a *Lei dos Indesejáveis* que, entre 1907 e 1930, assim como ocorrera na Argentina, tinha como característica principal evitar a participação política e sindical dos imigrantes, bem como usá-los de bodes expiatórios da criminalidade social. No período da

vigência da lei são registradas diversas arbitrariedades à imigrantes que eram expulsos muitas vezes sem direito à defesa.

Na República Velha também se destacam diversas normativas de caráter explicitamente eugênico. A Lei de Cotas, que restringia a entrada de imigrantes, também visava evitar a entrada de pessoas analfabetas e com problemas de saúde mental, bem como estabelecia vedações para a entrada de pessoas não brancas, como africanos, árabes e orientais.

Na era Vargas, surgiram uma série de legislações restringindo a imigração, sob o pretexto de proteger a segurança nacional e o trabalhador brasileiro. A consequência dessas normativas foi criar a figura no imigrante irregular, figura que se enquadra na categoria de *homo sacer*, uma vez que existe fora do ordenamento jurídico e de qualquer proteção legal.

O imigrante irregular é uma figura indesejado sob uma perspectiva jurídica ao mesmo tempo que é desejado sob uma perspectiva econômica. Isso porque sua irregularidade se traduz em uma vulnerabilidade que o faz aceitar salários menores e uma série de situações exploratórias que uma pessoa com maior proteção legal talvez não se sujeitaria.

As restrições eugênicas já existentes foram agravadas ainda mais no governo de Getúlio Vargas, proibindo a entrada de “estrangeiros doentes, aleijados, inválidos, indigentes, vagabundos, imorais, de conduta nociva, entre outros, como também impor critérios de cunho racial, como é o caso da proibição da entrada de ciganos” (WERMUTH, AGUIAR, 2018, p. 236 apud SEYFETH, 2002, p. 139).

Com a ditadura militar, foram aprovadas cada vez mais normas restringindo a entrada de estrangeiros, processo que culminou na Lei n.º 6.815 de 1980, o *Estatuto do Estrangeiro*. A imigração já deixava de ser incentivada pelo governo que entendia já ter sido feita a colonização do Brasil, a lei é tem como objetivo a *defesa da segurança nacional dos trabalhadores brasileiros*, dá ampla discricionariedade ao Estado, em especial o Poder Executivo.

O Estatuto do Estrangeiro e o seu Decreto regulamentador (Decreto 86.715/1981) (BRASIL, 1981) recepcionam os paradigmas migratórios estabelecidos na Primeira República e no período dos governos de Getúlio Vargas: concentração no Poder Executivo das competências normativas, fiscalizadoras, jurisdicionais e sancionatórias em relação aos imigrantes; seletividade na entrada; discricionariedade na decisão sobre permanência; presunção do estado de necessidade e de defesa em relação ao estrangeiro, e de que sua presença no território nacional seja vista como potencial ameaça à segurança do Estado ou ao emprego dos brasileiros. (CARNEIRO, 2017, p. 73).

5 A PROMESSA DE MUDANÇA DE PARADIGMA DA LEI DE MIGRAÇÃO

Em 24 de maio de 2017 foi promulgada a Lei n.º 13.445, a *Lei de Migração*, que revogou o Estatuto do Estrangeiro. Ela foi proclamada como uma mudança de paradigma, em que o migrante finalmente sairia desta condição de *homo sacer*, com normas que o colocavam num *campo*, como uma ameaça à *segurança e ao trabalho nacional*, e passaria para um sistema de direitos e garantias e de *acolhida humanitária*, no entanto, muitos pesquisadores questionam se ela, de fato cumpriu a missão a que se propôs.

Para analisar a questão, primeiramente deve-se observar a diferença entre os dois diplomas legais, as mudanças políticas, legais e de fluxo migratório que justificaram essa alteração e, por fim, se ainda estão presentes os elementos que caracterizam o imigrante como *homo sacer*.

A primeira mudança que a Lei de Migração traz em relação ao Estatuto do Estrangeiro é em relação aos destinatários. A lei revogada se destinava ao *estrangeiro*, palavra que, além de carregar o estigma do *outro*, do *estranho*, também tinha uma definição mais restrita, aplicando-se somente aos não-nacionais. Já a Lei de Migração se dirige ao imigrante, ao emigrante, ao residente fronteiriço, ao visitante e às pessoas apátridas. O refúgio, por sua vez, é regulado pela Lei n.º 9.474, de 22 de julho de 1997.

Outra mudança é em relação aos pressupostos e fundamentos. O Estatuto do Estrangeiro estava completamente voltado à segurança nacional, tanto que essa preocupação era mencionada em cinco dos cento e quarenta e um artigos do diploma legal, enquanto o direito dos estrangeiros ficava restrito ao direito de defesa no processo de expulsão (CLARO, 2020, p. 46). A Lei de Migração, por sua vez, possui um rol de direitos dos migrantes e é orientada a proteção da pessoa.

Também as formas de autorização de ingresso no território foram alteradas, desde os documentos aceitos como identificação que passou a incluir aqueles já regulamentados por normas infralegais, até a simplificação dos tipos de visto e inclusão dos vistos temporários para tratamento de saúde e a *acolhida humanitária*.

Por fim, passaram a ser previstas a possibilidade de serem realizadas políticas públicas à população migrante, prevendo o “diálogo social na formulação, na execução e na avaliação de políticas migratórias e promoção da participação cidadã do migrante” (BRASIL, 2017).

Ainda, o Estatuto do Estrangeiro possuía diversos dispositivos com resquícios “autoritários que convergem com os objetivos da política criminal em selecionar os indivíduos “indesejáveis”, que devem ser excluídos do grupo de cidadãos” (AMARAL, COSTA, 2017, p.

216). Essas normas iam desde vincular a permanência do estrangeiro à sua permanência em determinado local do país, a vedação legal da regularização da migração irregular, até a presença de normas dispositivas que acabavam por conceder mais discricionariedade às autoridades administrativas.

O Estatuto do Estrangeiro previa uma série de crimes próprios de estrangeiros e, embora a opinião de diversos juristas sejam a de que esses crimes não foram recepcionados pela Constituição, ainda houve situações em que migrantes tiveram que responder por ações que para brasileiros não apenas seria legal, mas um direito. É o caso da professora italiana Maria Rosário Barbatto, da Universidade Federal de Minas Gerais, que, em 2016, foi intimada a prestar esclarecimentos por ter participado das eleições dos sindicatos dos professores.

O único crime previsto na Lei de Migração, por sua vez, é o de promoção de migração ilegal, que penaliza os chamados “coiotes” que exploram economicamente os imigrantes em situação irregular e, muitas vezes, os colocam em situações de risco.

A Lei de Migração também possui muitas críticas por não se desvincular das ideias presentes nos diplomas anteriores. É o caso da previsão de meios de saída compulsória que “acompanha a racionalidade jurídica dos diplomas anteriores ao instituir, juridicamente, o indesejável e sua proibição de entrada, a entrada irregular e sua deportabilidade.” (CARNEIRO, 2017, p. 74)

Também a lei é criticada por não abordar a questão dos direitos políticos, fundamental para a participação ativa dessa população na comunidade, fundamental para sua verdadeira integração. Ressalta-se que o Brasil é um dos poucos países da América do Sul que ainda não reconheceu o direito ao voto de migrantes. (WERMUTH, AGUIAR, 2018, p. 249)

A permanência da Polícia Federal como órgão encarregado do atendimento ao migrante e encaminhamento de sua documentação traz resquícios da indistinção entre violência e direito, polícia e política, como também da criminalização da migração, que deveriam ser evitados.

Para Sayad (1998) essa discriminação de direito, entre nacionais e não-nacionais, pede reforço às discriminações de fato, sejam elas, desigualdades sociais, econômicas e/ou culturais, as quais encontram uma justificativa e atribuem a si mesmas uma legitimidade na discriminação de direito. (WERMUTH, AGUIAR, 2018, p. 252)

Por fim, apesar de ter diminuído o espaço de discricionariedade do Poder Executivo, as normas dispostas na Lei de Migração ainda ficaram bastante dependes de regulamentação, de forma que ainda é possível que direitos tenham seu exercício restringindo a depender dos humores políticos do momento.

6 CONCLUSÃO

A partir do presente estudo compreendeu-se que o *estado de exceção* é intrínseco à formação do Estado Moderno, encontrando-se no paradoxo da soberania. O *homo sacer*, assim, se apresenta como a figura que se encontra no limiar no direito, numa zona em que a violações de seus direitos passa a ser permitida. E, à medida que o estado de exceção se torna cada vez mais presente, forma-se a figura do *campo*, uma zona em que a exceção vigora de forma estável.

Percorrendo o desenvolvimento histórico dos direitos humanos e sua relação com o Estado-nação, conclui-se que, apesar de possuírem pretensão universal, sua formulação foi pensada a partir apenas dos direitos do cidadão, de forma que aqueles que residem em determinado país, mas não são considerados nacionais, ficam excluídos desse regime de direitos.

Analisando a história das políticas e legislações migratórias, resta claro que o migrante sempre foi tratado como um “objeto” que pudesse ser usado para os fins que mais favorecessem o Estado, sem serem considerados, de fato, sujeitos de direitos.

Com base nessas análises realizadas, concluiu-se que, muito embora a Lei de Migração tenha feito avanços consideráveis para que os direitos humanos dos migrantes fossem reconhecidos, ainda há resquícios da política voltada à proteção da “segurança nacional”, de forma que os migrantes ainda se encontram em um *campo*, podendo ter seus direitos restringidos a depender da vontade política do momento.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora Ufmg, 2002.

AMARAL, Ana Paula Martins; COSTA, Luiz Rosado. A (não) criminalização das migrações e políticas migratórias no Brasil: do estatuto do estrangeiro à nova lei de migração | migration policy and migrations ∴ (non) criminalization in brazil. *Revista Justiça do Direito*, [S.L.], v. 31, n. 2, p. 208, 6 set. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v31i2.7147>. Acesso em: 27 mar. 2023.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 abr. 2023.

BRASIL. Constituição (1989). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*: promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em

BRASIL. Decreto nº 9.199/2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/cci-vil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9199.htm. Acesso em: 27 abr. 2023.

BRASIL. Estatuto do Estrangeiro de 1980 ou Lei nº 6.815 de 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815impressao.htm. Acesso em: 27 abr. 2023.

BRASIL. Lei de Migrações de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/cci-vil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.html. Acesso em: 27 abr. 2023.

BRASIL. Lei dos Refugiados de 1997 ou Lei nº 9.474/1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm. Acesso em: 27 abr. 2023.

CARNEIRO, Cynthia Soares. Políticas Migratórias no Brasil e a Instituição dos "Indesejados": a construção histórica de um estado de exceção para estrangeiros. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 16, n. 22, p. 56-85, 11 out. 2017. Semestral. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1728/620>. Acesso em: 23 abr. 2023.

CLARO, C. A. B. Do Estatuto do Estrangeiro à Lei de Migração: avanços e expectativas. *Boletim de Economia e Política Internacional*, Brasília, n. 26, p. 41-53, Set. 2019/ Abr. 2020.

CLARO, C. de A. B. As migrações internacionais no Brasil sob uma perspectiva jurídica: análise da legislação brasileira sobre estrangeiros entre os séculos XIX e XXI. *Cadernos do Observatório*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 119-210, 2015. CLARO, C. de A. B.

DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1776. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/declaraindepeEUAHISJNeto.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2023.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 27 abr. 2023.

GRECO, Pedro Teixeira Pinos; FOLENA, Jorge Rubem. Seletividade e Utilitarismo nas Migrações Internacionais para o Brasil. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, Bauru, v. 10, n. 1, p. 217-234, abr. 2022. Disponível em: <https://www2.faac.unesp.br/ridh3/index.php/ridh/article/view/117>. Acesso em: 24 mar. 2023.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Campanha das Letras, 2009. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17973/material/A%20inv%20en%C3%A3%C3%A3o%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2023.

JARDIM, T. D. M. A lei migratória e a inovação de paradigmas. *Caderno de Debates: refúgio, migrações e cidadania*, Brasília, v. 12, n. 12, p. 17-46, dez. 2017. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Caderno-de-Debates-12_Refúgio-Migrações-e-Cidadania.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2023.

MARTINS AMARAL, A.; COSTA, L. A (não) criminalização das migrações e políticas migratórias no Brasil: do Estatuto do Estrangeiro à nova Lei de Migração | Migration policy and migrations' (non) criminalization in Brazil: from the Foreigners Statute to the new Migration Law. *Revista Justiça do Direito*, v. 31, n. 2, p. 208-228, 6 set. 2017. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/7147>. Acesso em: 27 abr. 2023.

ONU. *Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH)*. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em: 27 abr. 2023.

SILVA, João Carlos Jarochinski. A situação do imigrante ilegal hoje: o ressurgimento do homo sacer. *Revista Universitas: Relações internacionais*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 79-89, dez. 2012. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/relacoesinternacionais/article/view/1625/0>. Acesso em: 13 mar. 2023.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; AGUIAR, Jeannine Tonetto de. DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS MIGRATÓRIAS BRASILEIRAS: do estatuto do estrangeiro à nova lei de migrações, rupturas e continuidades. *Revista Culturas Jurídicas*, [s. l], v. 5, n. 10, p. 228-258, abr. 2018. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/44960>>. Acesso em: 14 mar. 2023.