

Considerações sobre o PL da Lei de Migração

Excelentíssimas e excelentíssimos Deputados,

É uma honra estar diante desta Comissão para tratar de alguns pontos que julgo sensíveis no Projeto de Lei destinado a instituir uma nova Lei de Migração para o Brasil. Muitos temas de que tratarei já foram aventados em sessões anteriores, mas tentarei reforçar que o foco na noção de "legalidade migratória" não pode servir de critério central para a política migratória brasileira e como, acima de tudo, a imigração não pode ser tratada como um delito.

A classificação de imigrantes indocumentados como "ilegais", retirando-lhes uma série de direitos, funda-se na ideia do estrangeiro como um inimigo, como alguém que coloca em risco certos valores fundamentais do Estado. Mas, em regras esses temores são infundados. Não há indícios claros, por exemplo, de que a imigração aumente a criminalidade. Na realidade, diversas comunidades experimentaram justamente o inverso: um decréscimo da criminalidade em decorrência da imigração¹. Não é conclusivo, ainda, que imigrantes "roubam" empregos de nacionais. Na verdade, no Brasil, imigrantes têm ocupado postos de trabalho dispensados por brasileiros. Esta é a realidade, por exemplo, de haitianos e senegaleses que têm ocupado postos de trabalho em frigoríferos e na construção civil². E podemos elencar outras vantagens, como o aumento do empreendedorismo e da diversidade cultural, traço marcante das migrações brasileiras em especial a partir do século XIX com italianos, alemães, sírios, libaneses, japoneses, entre outros.

Esses elementos servem para, intuitivamente, buscarmos evitar qualquer forma de criminalização das migrações, que não são, em si, um dado negativo.

¹ Sobre o tema, entre muitos artigos, sugerimos a leitura do artigo do criminalista de Harvard Robert J. Sampson, que sustenta que imigrantes de primeira geração contribuem para aumentar a segurança das comunidades. SAMPSON, Robert J. *Rethinking Crime and Immigration*. Contexts 7: 28-33. 2008. Disponível em: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Clinics/Sampson_Immigration_Contexts.pdf

² Citamos uma das inúmeras reportagens sobre o tema: "Segundo o presidente da FGTAS, os imigrantes acabam ocupando postos de trabalho que não despertam interesse de brasileiros. 'É importante ressaltar que as pessoas não tenham aquela compreensão de que eles estão vindo para tirar o espaço de outras pessoas. Eles estão passando dificuldades em seus países, e o Brasil ainda tem possibilidade de acolhê-los. Tem empresas que querem a mão de obra estrangeira, então encaminhamos eles para estas vagas, mas não há privilégios'", diz. Disponível em: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/06/chegada-de-imigrantes-muda-rotina-de-centro-comunitario-em-porto-alegre.html>

Do ponto de vista legal, é importante que a ideia de “estrangeiros ilegais”, que de certa forma pauta o atual Estatuto do Estrangeiro, tenha sido afastada do presente projeto de lei.

Esta mudança faz todo sentido, já que é essencial que a legislação infraconstitucional adapte-se à Constituição e aos diversos tratados de direitos humanos internalizados pela ordem jurídica brasileira. E esse é um dos grandes méritos do atual PL, que rege-se pelo respeito aos direitos humanos, o repúdio à xenofobia, à não criminalização da imigração, pela acolhida humanitária, o acesso livre a programas sociais e serviços públicos, o acesso à justiça, a gratuidade para hipossuficientes, entre outros pontos importantes (arts. 3º e 4º). Como já mencionado nesta comissão, essas características marcam uma virada na legislação migratória, saindo de um paradigma de segurança nacional para outro marcado pelos direitos humanos.

Todavia, surge neste contexto um primeiro problema: o PL, em seu art. 4º, §§ 1º, 4º e 5º, restringe determinados direitos de imigrantes visitantes e não registrados, bem como dos indocumentados (já que estes não estão registrados). Estes parágrafos consagram, conseqüentemente, a ideia de que há classes de imigrantes conforme critérios legais discutíveis, como o registro.

Por exemplo, de acordo com o § 5º, um imigrante não registrado não teria direito à assistência jurídica gratuita, ou seja, não poderia ser assistido por um defensor público caso fosse denunciado pela prática de um crime. Este dispositivo, inconstitucional, viola o princípio constitucional da igualdade e o direito de acesso à justiça. Nessa hipótese, quem seria responsável pela defesa deste imigrante? Ou ele ficaria sem advogado?

O mesmo parágrafo prevê que os imigrantes não registrados não terão direitos trabalhistas, inclusive aqueles relativos à proteção do trabalhador. Trata-se, novamente, de disposição inconstitucional, que contraria inclusive posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos que afirmou que os trabalhadores migrantes indocumentados possuem os mesmos direitos trabalhistas dos demais trabalhadores (Parecer Consultivo 18/03). Novamente, chegamos a situações esdrúxulas: um empregador poderia se aproveitar deste dispositivo e contratar imigrantes não registrados de modo a se furtar do pagamento de direitos trabalhistas ou gastar com a segurança laboral? Evidentemente, é algo absurdo.

Em resumo, é essencial a garantia de direitos fundamentais também para os imigrantes indocumentados e não-registrados.

Mas situação fica ainda mais grave se atentarmos para o fato que o registro não está propriamente ligada à regularização migratória, consistindo apenas na identificação civil por dados biográficos e biométricos, sendo obrigatório a todo imigrante detentor de visto temporário ou de autorização de residência (art. 34). Atualmente, no entanto, é comum que o imigrante que tenha direito subjetivo a um visto temporário ou mesmo residência demore meses, ou até anos, para ter seu documento definitivo, ficando neste período apenas com o protocolo do pedido, o qual já garante sua regularização migratória, mas não seu registro. Portanto, também este grupo estaria excluído do acesso a certos direitos fundamentais, sendo muito importante o reparo da legislação neste aspecto³.

O PL, contudo, andou bem ao prever a possibilidade de acolhida humanitária, a qual atualmente fundamenta-se em Resoluções Normativas do Conselho Nacional de Imigração. Trata-se da explícita consagração de um sistema de proteção complementar ao refúgio, garantindo a regularização daqueles migrantes que tenham saído de seus países em razão de violações de direitos fundamentais, mas que não podem ser considerados propriamente refugiados. O mesmo se diga a respeito da proteção aos apátridas, vítimas de trabalho escravo e tráfico de pessoas. Esta solução resolve um problema fático sério, que é a regularização de nacionais de países extremamente pobres mas que não se enquadram no refúgio. Mantê-los sem documentos serve apenas para aumentar a vulnerabilidade, violar direitos humanos e estimular a prática de delitos.

Retomando alguns pontos críticos, gostaria de apontar uma inconstitucionalidade nos incisos II e III do art. 45, os quais permitem o impedimento de ingresso de estrangeiro respondendo por crime em outro país. Em que pese a regulação das regras para ingresso de pessoas seja um ato de soberania, permitindo que o Estado opte pela forma como a questão será regulada, evidente que as regras devem ser regidas tanto pela Constituição Federal quanto por tratados internacionais. Neste aspecto, a restrição em questão é inconstitucional e inconveniente, já que contraria a presunção de inocência, merecendo ser excluída do texto do PL.

Voltamos a ver uma ênfase ao tratamento da imigração do ponto de vista do delito quando chegamos no capítulo relativo às medidas compulsórias de retirada do território nacional, ponto extremamente sensível do PL.

³ Atualmente a questão é tratada pelos arts. 30-33 da Lei nº 6.815/1980, a qual dispõe que os estrangeiros admitidos como permanentes ou temporários devem registrar-se no Ministério da Justiça.

No caso da deportação há evidentes avanços, como a possibilidade de um prazo mínimo de sessenta dias para que o imigrante busque sua regularização migratória (art. 48, § 1º), bem como a explícita necessidade de obediência ao contraditório, ampla defesa e acesso à Defensoria Pública (art. 49, parágrafo único). No entanto, permanece a possibilidade de aplicação de "medidas vinculadas à mobilidade" (art. 51), as quais podem ser decretadas por um juiz federal após provocação da Polícia Federal. Ao que parece, permanece a possibilidade de prisão para fins de deportação existente na legislação em vigor⁴. Contudo, a redação vaga do art. 51 pode dar poderes demasiados de prisão, já que sequer há, tal qual ocorre na atual legislação, um prazo máximo de prisão. O ideal seria, contudo, a retirada de qualquer possibilidade de detenção migratória, ou, subsidiariamente, a utilização de medidas alternativas à prisão⁵, tal qual já ocorre no âmbito do próprio processo penal⁶.

De acordo com estudos empreendidos pela organização *International Detention Coalition*, é muito mais eficiente do ponto de vista de gastos públicos e respeito aos direitos humanos a adoção de medidas diversas da prisão. De acordo com pesquisas empíricas, não há indícios de que existência da previsão da detenção migratória diminua a imigração irregular⁷, já que dificilmente os imigrantes possuem conhecimento da legislação do país de destino. A imposição de obrigações alternativas, como a já prevista necessidade de manutenção de informações domiciliares atualizadas, somadas à orientação, inclusive com auxílio da Defensoria Pública, para regularização migratória, seria mais eficiente. A experiência internacional mostra que essa alternativa, ou seja, o estímulo à regularização somada à existência de aconselhamento legal, são meios mais baratos e eficientes de se evitar uma deportação e estimular a regularização migratória⁸.

Em casos de impossibilidade de regularização e necessidade de execução de uma ordem de deportação, a legislação deveria estimular o retorno voluntário e, nos casos extremos, a aplicação de medidas cautelares diversas de prisão, como monitoramento e apresentação periódica. Aliás, até mesmo o atual Estatuto do Estrangeiro, obra da época da ditadura, estabelecia a possibilidade de

⁴ Art. 61 da Lei nº 6.815/1980.

⁵ Sobre esse tema, vale consultar o trabalho da organização International Detention Coalition (IDC), que dedica-se, entre outros temas, ao combate à detenção migratória: <http://idcoalition.org/>

⁶ Art. 319 do Código de Processo Penal.

⁷ *There Are Alternatives*, International Detention Coalition, p. 11. Disponível em: <http://idcoalition.org/wp-content/uploads/2013/08/There-Are-Alternatives.pdf>

⁸ Cf., v.g., UNHCR's Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers. Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/3c2b3f844.html>

liberdade vigiada⁹, a qual tem sido aplicada pela magistratura federal em inúmeras ocasiões.

Caso, contudo, a opção seja pela manutenção da prisão para fins de deportação, esta deveria ser prevista como medida última, caso outras medidas cautelares não sejam possíveis, com um prazo determinado por lei e respeito ao contraditório e à ampla defesa, inclusive com acompanhamento por defensor público caso o estrangeiro não possua advogado constituído¹⁰.

Por fim, em hipótese alguma a detenção migratória deve ser aplicada a crianças e adolescentes, sendo evidente que, neste caso, aplica-se o ECA.

No caso da expulsão, medida aplicada aos imigrantes que tenham sido condenados por um crime grave no Brasil, os avanços também são evidentes. Há um retrocesso importante, contudo, que é a retirada da possibilidade de pedido de reconsideração do decreto de expulsão, previsto no art. 72 da atual lei. Este meio de defesa poderia ser incluído no PL. Além disso, reitero as críticas feitas ao art. 51 do PL a respeito da deportação, já que este dispositivo também permite a aplicação de "medidas vinculadas à mobilidade" à expulsão.

A prisão, também no caso da expulsão, possui um caráter civil inconstitucional, e em caso de manutenção deveria possuir um prazo máximo e ser aplicada apenas como última alternativa. Vale lembrar que a maioria dos estrangeiros que se submetem à expulsão já cumpriram sua pena ou adquiriram benefícios de natureza penal (o que é permitido no PL), de modo que o próprio Poder Judiciário já se manifestou sobre a pertinência da liberdade dessas pessoas.

Além disso, as hipóteses de inexpulsabilidade poderiam ser alargadas para hipóteses relativas à proteção da família, mesmo quando não haja filho sob guarda, ou nos casos em que o imigrante já vive no Brasil há muitos anos.

Retornando ao tema da detenção migratória, é importante consignar que ela não ocorre apenas para garantir a expulsão e a deportação. Segundo o ACNUR, considera-se detenção qualquer confinamento em unidades de trânsito, como aeroportos, nos quais haja uma restrição substancial da liberdade de movimentação e a única oportunidade de deixar a área limitada seja o abandono do próprio território¹¹.

⁹ Art. 73 da Lei nº 6815/80.

¹⁰ Esta questão está, em parte, prevista no art. 49 no PL. Contudo, caso a prisão seja prevista, os outros pontos devem ser explicitados.

¹¹ "UNHCR considers detention as: confinement within a narrowly bounded or restricted location, including prisons, closed camps, detention facilities or airport transit zones, where freedom of

Neste contexto, são comuns a detenção de imigrantes por dias, semanas e até meses em salas de aeroportos internacionais nas hipóteses em que estes não tenham, de pronto, os requisitos para ingresso em território nacional. Esta situação pode ensejar, inclusive, a repatriação (art. 47). O PL avança ao permitir a entrada excepcional em diversas hipóteses, como acolhida humanitária ou preenchimento objetivo de requisitos de permanência. Mas persiste, ainda, o risco do imigrante não satisfazer nenhum desses requisitos e terminar detido no aeroporto por um período indeterminado.

Seria importante que, nesta hipótese, o PL aplicasse medidas alternativas, como a liberação do imigrante com, por exemplo, a necessidade de indicação de endereço ou comparecimento periódico em órgão público competente, além de, em caso de ausência de advogado constituído, indicar a possibilidade de busca da Defensoria Pública para a solução da situação migratória. Ou seja, ao invés de manter o imigrante detido em zonas primárias de fronteira por um prazo indeterminado, mais eficiente buscar ou sua regularização ou sua manutenção em liberdade até eventual deportação, além de estimular o retorno voluntário.

Ainda na linha de descriminalização de questões migratórias, seria interessante aproveitar o PL para excluir do ordenamento o crime de reingresso de estrangeiro expulso, previsto no art. 338 do Código Penal. Considerando que o Direito Penal em um Estado Democrático de Direito deve ser aplicado como última alternativa, seria mais efetivo e menos custoso aos cofres públicos, além de mais de acordo com os direitos humanos, simplesmente aplicar uma medida administrativa e expulsar novamente o imigrante.

Outro aspecto preocupante que traz esse caráter de criminalização da imigração é a imposição de sanção administrativa para aquele que empregar imigrante em situação irregular ou impedido de exercer atividade remunerada. Uma medida dessa natureza tende a estimular a clandestinidade do uso da mão de obra de imigrantes indocumentados e até mesmo o trabalho escravo, além de impedir que esses imigrantes consigam uma fonte de sustento, empurrando-os até mesmo para a criminalidade. Isso, somado com a restrição de direitos trabalhistas, leva a um cenário preocupante.

O ingresso no mercado de trabalho tende a permitir o levantamento de recursos e facilitar a regularização migratória, o que deve ser o objetivo principal

movement is substantially curtailed, and where the only opportunity to leave this limited area is to leave the territory". *UNHCR's Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers*, p. 3.

do PL. E aqui vale ressaltar que não há indícios conclusivos que a mão de obra desses imigrantes vá prejudicar o mercado nacional, já que, como já discutimos, essas pessoas são empregadas em postos que não são de interesse de brasileiros. Além do mais, caso o empregador não cumpra a legislação trabalhista, já sofrerá sanções, o que revela até mesmo a desnecessidade dessa medida para combater o uso da mão de obra informal.

Em suma, esses pequenos ajustes não têm por objetivo grandes mudanças no PL, mas sim adequá-lo aos seus objetivos centrais, ligados a uma política migratória pautada, acima de tudo, pelos direitos humanos. Uma migração pode ser a tentativa de buscar uma vida melhor, uma fuga desesperada de uma situação de perigo ou ser até mesmo movida pelo amor. Só não pode ser tratada como um delito¹².

Brasília, 28 de outubro de 2015.

Daniel Chiaretti¹³

¹² Agradeço às sugestões oferecidas pelos demais membros do Grupo de Trabalho de Migrações e Refúgio e pela colega de área Fabiana Severo.

¹³ Defensor Público Federal em São Paulo. Titular do 1º Ofício de Direitos Humanos, Tutela Coletiva e Migrações. Coordenador do Grupo de Trabalho de Migrações e Refúgio da DPU. Mestrando em Ética e Filosofia Política pela Universidade de São Paulo (USP).