

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA  
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO**

**RENATA APARECIDA PIMENTA**

**O IMPEDIMENTO DE INGRESSO PREVISTO NO INCISO IX DO  
ARTIGO 45 DA LEI FEDERAL Nº 13.445, DE 24 DE MAIO DE 2017 E SUAS  
ALTERAÇÕES E O DIREITO FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE  
INOCÊNCIA: um legado de criminalização do não nacional?**

**Uberlândia - MG**

**2022**

**RENATA APARECIDA PIMENTA**

**O IMPEDIMENTO DE INGRESSO PREVISTO NO INCISO IX DO  
ARTIGO 45 DA LEI FEDERAL Nº 13.445, DE 24 DE MAIO DE 2017 E SUAS  
ALTERAÇÕES E O DIREITO FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE  
INOCÊNCIA: um legado de criminalização do não nacional?**

Dissertação apresentada ao  
Programa de Pós-Graduação em  
Direito da Universidade Federal de  
Uberlândia, como requisito para a  
obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Helvécio  
Damis de Oliveira Cunha

Co-Orientadora: Profa. Dra. Rosa  
Maria Zaia Borges

Área de concentração: Direitos e  
Garantias Fundamentais.

Linha de pesquisa 1 - Tutela  
Jurídica e Políticas Públicas.

**Uberlândia - MG**

**2022**

Ficha Catalográfica Online do Sistema de Bibliotecas da UFU  
com dados informados pelo(a) próprio(a) autor(a).

P644 Pimenta, Renata Aparecida, 1990-  
2022 O IMPEDIMENTO DE INGRESSO PREVISTO NO INCISO IX DO  
ARTIGO 45 DA LEI FEDERAL Nº 13.445, DE 24 DE MAIO DE  
2017 E SUAS ALTERAÇÕES E O DIREITO FUNDAMENTAL À  
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA [recurso eletrônico] : um legado  
de criminalização do não nacional? / Renata Aparecida  
Pimenta. - 2022.

Orientador: Helvécio Damis de Oliveira Cunha.

Coorientadora: Rosa Maria Zaia Borges.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de  
Uberlândia, Pós-graduação em Direito.

Modo de acesso: Internet.

Disponível em: <http://doi.org/10.14393/ufu.di.2022.451>

Inclui bibliografia.

1. Direito. I. Cunha, Helvécio Damis de Oliveira,  
1975-, (Orient.). II. Borges, Rosa Maria Zaia, 1974-,  
(Coorient.). III. Universidade Federal de Uberlândia.  
Pós-graduação em Direito. IV. Título.

CDU: 340

Bibliotecários responsáveis pela estrutura de acordo com o AACR2:  
Gizele Cristine Nunes do Couto - CRB6/2091  
Nelson Marcos Ferreira - CRB6/3074



## UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

Secretaria da Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito  
Av. João Naves de Ávila, 2121, Bloco 3D, Sala 302 - Bairro Santa Mônica, Uberlândia-MG, CEP 38400-902  
Telefone: 3239-4051 - mestradodireito@fadir.ufu.br - www.cmdip.fadir.ufu.br



### ATA DE DEFESA - PÓS-GRADUAÇÃO

Programa de Pós-Graduação em:	Direito				
Defesa de:	Dissertação de Mestrado Acadêmico, número 170, PPGDI				
Data:	Vinte e seis de setembro de dois mil e vinte e dois	Hora de início:	9:00	Hora de encerramento:	11:00
Matrícula do Discente:	12012DIR018				
Nome do Discente:	Renata Aparecida Pimenta				
Título do Trabalho:	O IMPEDIMENTO DE INGRESSO PREVISTO NO INCISO IX DO ARTIGO 45 DA LEI FEDERAL Nº 13.445, DE 24 DE MAIO DE 2017 E SUAS ALTERAÇÕES E O DIREITO FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UM LEGADO DE CRIMINALIZAÇÃO DO NÃO NACIONAL?				
Área de concentração:	Direitos e Garantias Fundamentais				
Linha de pesquisa:	Tutela Jurídica e Políticas Públicas				
Projeto de Pesquisa de vinculação:	Tutelas da Liberdade				

Reuniu-se, utilizando tecnologia de comunicação à distância, a Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito, assim composta: Professoras/es Doutoradas/es: Ana Luísa Zago de Moraes - ENADPU; Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro - UFU; e Helvécio Damis de Oliveira Cunha - UFU - orientador da candidata.

Iniciando os trabalhos o presidente da mesa, Dr. Helvécio Damis de Oliveira Cunha, apresentou a Comissão Examinadora e a candidata, agradeceu a presença do público, e concedeu à Discente a palavra para a exposição do seu trabalho. A duração da apresentação da Discente e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do Programa.

A seguir o senhor presidente concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, às/aos examinadoras/es, que passaram a arguir a candidata. Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a Banca, em sessão secreta, atribuiu o resultado final, considerando a candidata:

Aprovada.

Esta defesa faz parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre.

O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, a legislação pertinente e a regulamentação interna da UFU.

Neste ato, e para todos os fins de direito, as/os examinadoras/es e a discente autorizam a transmissão ao vivo da atividade. As imagens e vozes não poderão ser divulgadas em nenhuma hipótese, exceto quando autorizadas expressamente pelas/os examinadoras/es e pela discente. Por ser esta a expressão da vontade, nada haverá a reclamar a título de direitos conexos quanto às imagens e vozes ou quaisquer outros, nos termos firmados na presente.

Nada mais havendo a tratar foram encerrados os trabalhos. Foi lavrada a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Banca Examinadora e pela discente.



Documento assinado eletronicamente por **Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro, Professor(a) do Magistério Superior**, em 30/09/2022, às 21:07, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Helvecio Damis de Oliveira Cunha, Professor(a) do Magistério Superior**, em 04/10/2022, às 20:41, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Ana Luisa Zago de Moraes, Usuário Externo**, em 24/10/2022, às 16:55, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Renata Aparecida Pimenta, Usuário Externo**, em 26/10/2022, às 17:09, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [https://www.sei.ufu.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://www.sei.ufu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **3966012** e o código CRC **FD033739**.

Mestranda: Renata Aparecida Pimenta

**Título: O IMPEDIMENTO DE INGRESSO PREVISTO NO INCISO IX DO ARTIGO 45 DA LEI FEDERAL Nº 13.445, DE 24 DE MAIO DE 2017 E SUAS ALTERAÇÕES E O DIREITO FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: um legado de criminalização do não nacional?**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Helvécio Damis de Oliveira Cunha

Co-Orientadora: Profa. Dra. Rosa Maria Zaia Borges

Aprovado em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

Banca Examinadora

---

Prof. Dr. Helvécio Damis de Oliveira Cunha  
Professor orientador

---

Profa. Dra. Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro  
Examinadora

---

Profa. Dra. Ana Luísa Zago de Moraes  
Examinadora

## **DEDICATÓRIA**

Dedico à minha mãe, que sempre me ajudou e incentivou na busca pelo conhecimento, mesmo com tantas dificuldades.

## **AGRADECIMENTOS**

A Jesus Cristo, meu Mestre, único Senhor e Salvador, minha gratidão por ser a fonte da minha alegria e me revelar O Pai, A Quem eu jamais teria ido se não fosse por Ele mesmo conduzida, dada a corrupção que aflige o meu arbítrio neste mundo caído.

À minha amada mãe, Nilma, pela vida, dedicação e esforço diários para me proporcionar a educação que sempre desejou ter tido acesso. À minha querida irmã, Elizabeth, e cunhado, Henrique, pela ajuda concreta nos meus sonhos, quando eles ainda eram tão distantes da realização. Aos meus sobrinhos, Graziela, Glória e Carlos Henrique, pela compreensão. Ao meu namorado, Jafferson, pela paciência, incentivo e alegria que me proporciona.

Aos meus amigos Alexandre, Esther, Hélio, Gregore, Jacqueline Calixto, Jonathas, José Carlos Muniz, José Júnior, Karine, Lúcio Oliveira, Maria Eugênia, Maria José, Paula Camila, Pereira, Silvinha e Vick, pelo incentivo nas horas difíceis.

À direção do extinto INEI COC, por ter me presenteado com uma bolsa de estudos, essencial para me comunicar o cuidado de Deus e me conduzir até aqui. Em especial, ao professor que lançou as bases do conhecimento filosófico e me tratou com tanta ternura, André Cruz; e aos professores lasbeck e Shirlei, por me ensinarem a alteridade. Aos meus amigos da XII Turma de Mestrado, em especial, Aline, Fernanda e Sthéfane, que tanto me auxiliaram e manifestaram carinho por meio de suas ações.

Ao meu orientador, Professor Dr. Helvécio Damis de Oliveira Cunha, por retomarmos a trajetória iniciada na graduação, pela paciência, tranquilidade e auxílio.

À minha orientadora, Professora Dra. Rosa Maria Zaia Borges, pela paciência e por ampliar as minhas perspectivas e ensinar de maneira tão competente.

Ao meu eterno professor, Luis Carlos Figueira de Melo, por tanto me auxiliar e conceder oportunidades, desde a graduação. Aos professores Alexandre Walmott, Beatriz Camargo, Fernando Martins, Luciana Reis, Rodrigo Vitorino, Shirlei Mello, Thiago Paluma, pela inspiração, auxílio e oportunidades acadêmicas.



Aos meus colegas da Procuradoria Geral do Município de Uberlândia, pela competência e excelência, que me estimulam a progredir no conhecimento.

*“Uma mesma lei e um mesmo direito  
haverá para vós e para o estrangeiro  
que peregrina convosco”.*

*Números 15:16*

## RESUMO

O inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal reconhece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país o direito à liberdade e, ainda, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória: trata-se do direito fundamental à presunção de inocência. O objetivo geral deste trabalho é problematizar a previsão dessa garantia em relação aos não nacionais em trânsito, no bojo do inciso IX do artigo 45 da Lei Federal nº 13.445, de 24 de maio de 2017 e suas alterações, que “Institui a Lei de Migração” e a identificação com um possível legado de criminalização. Para tanto, procede-se à abordagem dos conceitos operacionais utilizados na pesquisa, a saber as concepções principiológicas de Estado e Direito que fundamentam a discussão do problema apresentado, tomadas a partir da Teoria Garantista, acerca da universalidade do direito, sob o fundamento na dignidade da pessoa humana; bem como na concepção do direito como resultado provisório de lutas por acesso a bens. Ainda, procede-se ao estudo do ingresso na Política Migratória, incluindo o resgate histórico como importante vetor para a análise do legado que se visa estudar, com a descrição do contexto do Estado Político ao Estado Democrático de Direito. Por fim, analisa-se o direito fundamental à presunção de inocência, no que se refere ao conteúdo, origem e interpretação jurisprudencial e, finalmente, a aplicabilidade da metodologia utilizada: a análise do discurso à luz dos conceitos operacionais e ao histórico da política migratória para oferecer a resposta à problemática apresentada, qual seja se a previsão de impedimento de ingresso em destaque representa um legado de criminalização do não nacional. Conclui-se que aos não nacionais em trânsito também é garantido o direito fundamental à presunção de inocência, com base no princípio da prevalência dos direitos humanos que rege as relações internacionais, bem como no fundamento da dignidade da pessoa humana e na concepção de cidadania global, sendo a previsão do impedimento de ingresso de não nacionais por razões atreladas ao cometimento de crimes para os quais não se exige o trânsito em julgado de sentença penal condenatória atentatória ao direito fundamental à presunção de inocência, e fruto de uma concepção soberanista que privilegia a ordem interna em detrimento do controle de conteúdo que caracterizam o Estado Constitucional de Direito para a Teoria Garantista.

Palavras-chave: Política Migratória. Direito fundamental à presunção de inocência. Impedimento de Ingresso. Legado de criminalização.

## ABSTRACT

Item LVII of article 5 of the Federal Constitution recognizes that everyone is equal before the law, without distinction of any kind, guaranteeing Brazilians and foreigners residing in the country the right to freedom and that no one will be found guilty until the res judicata of a condemning criminal sentence: this is the fundamental right to the presumption of innocence. The general objective of this work is to problematize the provision of this guarantee about non-nationals in transit, within the scope of item IX of article 45 of Federal Law nº 13.445, of May 24, 2017, and its amendments, which "Establishes the Migration Law" and identification with a legacy of criminalization. To do so, the operational concepts of the research are approached, namely, the principiological conceptions of State and Law that underlie the discussion of the presented problem, taken from the Guarantee Theory, about the universality of law, based on the dignity of the human person; as well as in the conception of law as a provisional result of struggles for access to goods. Still, it proceeds to the study of the entrance in the Migration Policy, including the historical rescue as an important vector for the analysis of the legacy that it aims to study, with the description of the context of the Police State to the Democratic State of Law. Finally, the fundamental right to the presumption of innocence is analyzed, concerning the content, origin and jurisprudential interpretation and, the applicability of the methodology used: the analysis of discourse in the light of operational and historical concepts to offer the response to the problem presented. It is concluded that non-nationals in transit are also guaranteed the fundamental right to the presumption of innocence, based on the principle of the prevalence of human rights that governs international relations, as well as on the foundation of human dignity and the concept of global citizenship. , is the provision of the impediment of entry of non-nationals for reasons linked to the commission of crimes for which the transit in res judicata of a condemnatory criminal sentence that violates the fundamental right to the presumption of innocence is not required, and the result of a sovereignist conception that privileges the internal order to the detriment of the control of content present in the Constitutional State of Law.

Keywords: Migration Policy. The fundamental right to the presumption of innocence. Entry Restriction. Legacy of criminalization.

## **LISTA DE SIGLAS**

CIDH: Comissão Interamericana de Direitos Humanos

DUDH: Declaração Universal dos Direitos Humanos

EC: Emenda Constitucional

ESG: Escola Superior de Guerra

HC: Habeas Corpus

RHC: Recurso de Habeas Corpus

STF: Superior Tribunal Federal

PIDCP: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. ESTADO (D)E DIREITO À LUZ DA TEORIA GARANTISTA: PREMISSAS PARA UMA DISCUSSÃO SOBRE MIGRAÇÃO .....	15
1.1. Da Teoria Garantista.....	15
1.2. A soberania e o Direito Internacional da Mobilidade Humana .....	29
1.3 Da cidadania e o ingresso .....	37
1.4 O ingresso e o princípio da legalidade no Estado Democrático de Direito.....	45
2. DO ESTADO POLÍCIA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UM TRAÇADO DO INGRESSO NA POLÍTICA MIGRATÓRIA NO BRASIL:.....	54
2.1 O Ingresso na Política Migratória Brasileira .....	54
2.2. Do histórico do Ingresso na Política Migratória Brasileira .....	61
2.3 Do impedimento de ingresso como primazia da segurança nacional em detrimento do indivíduo como sujeito de direitos .....	74
3. O DIREITO FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A ANÁLISE DO LEGADO DA CRIMINALIZAÇÃO NA POLÍTICA MIGRATÓRIA BRASILEIRA.....	84
3.1 Do conteúdo do direito fundamental à presunção de inocência .....	84
3.2 Do impedimento de ingresso previsto no inciso IX da Lei de Migrações: um legado de criminalização na Política Migratória? .....	97
CONCLUSÃO.....	107
REFERÊNCIAS .....	111

## INTRODUÇÃO

O inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal (Brasil, 1988) reconhece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país o direito à liberdade e, ainda, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Portanto, verifica-se que a declaração de culpabilidade de um não nacional<sup>1</sup> residente no país está condicionada à irrecorribilidade de sentença penal condenatória no ordenamento constitucional brasileiro. Nesse ínterim, urgem as seguintes questões: e quanto aos não nacionais não residentes, que ainda não adentraram no país, seria garantido o mesmo direito?

Para a resposta a tal questão, o trabalho é dividido em três capítulos: em um primeiro momento, visa-se à abordagem dos conceitos operacionais de Direito e Estado utilizados, qual seja, no subitem 1.1, a perspectiva do Direito atribuído universalmente (FERRAJOLI, 2001; 2006), e nesse sentido, no fundamento da dignidade da pessoa humana (1988, art. 1º, III), e enquanto resultado provisório de lutas por acesso a bens (FLORES, 2009), o que importa na consideração de elementos específicos envolvidos na tutela do não nacional que, se desconsiderados, implicam na desconstrução de direitos; e, ainda, discutem-se os desdobramentos destas perspectivas no que se relaciona à compreensão do Estado enquanto nação, com os efeitos decorrentes de se conceber a nacionalidade como pressuposto para o exercício de direito e, por outro lado, a concepção de cidadania global; e, ainda, o princípio da legalidade como limite do Estado Democrático de Direito.

Neste capítulo, no subitem 1.2, será abordada a soberania, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (1988, art. 1º, I) e uma das

---

<sup>1</sup> A utilização do termo não nacional nesta pesquisa decorre da concepção do indivíduo oriundo de outro Estado como um sujeito de direitos, em lugar do termo “estrangeiro”, presente no Estatuto do Estrangeiro, que primava pela segurança nacional e pela ordem pública, o que será abordado no capítulo 2 desta pesquisa. Também o termo imigrante não cabe, considerando a definição dogmática conferida pela Lei Federal nº 13.445, de 24 de maio de 2017 e suas alterações, que “Institui a Lei de Migração”, consoante a qual imigrante é “pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil” (art. 1º, § 1º), o que, portanto, não abarca àqueles que ainda estão em trânsito, situação que este trabalho abarcar (LIMA, 2022).

principais características dos Estados que, supostamente, legitimaria a adoção de critérios de impedimento de ingresso tais como o investigado nesta pesquisa e que se relacionam com a situação peculiar de deslocamento do não nacional em trânsito entre Estados soberanos. Daí a necessidade de correlação com o Direito Internacional da Mobilidade Urbana, com o intuito de averiguar a situação anterior ao ingresso e aos limites à atuação desigual dos nacionais e não nacionais pelos Estados em nome da soberania.

Nesse ínterim, pretende-se abordar a cidadania, no subitem 1.3, já que se trata do tema do reconhecimento de direitos fundamentais àqueles em trânsito; e, ainda, o princípio da legalidade, no subitem 1.4, considerada a necessidade de averiguar os limites à atuação estatal no exercício da soberania.

Tais características são abordadas já se correlacionando com o conceito operacional do direito como resultado provisório de lutas e, portanto, com o motivo pelo qual existem, com o fim de conferir a interpretação que correspondente com os processos que os originaram.

No segundo capítulo, procede-se ao estudo do ingresso na Política Migratória, incluindo o resgate histórico como importante vetor para a análise do legado que se visa estudar, com a descrição do contexto do Estado Polícia ao Estado Democrático de Direito na política migratória do Brasil.

Nesse esboço, será abordado o instituto jurídico do impedimento de ingresso, à luz dos conceitos operacionais de direito expostos no capítulo I, com a análise do que mais prepondera no instituto do impedimento de ingresso estudado: a segurança nacional<sup>2</sup> ou o indivíduo como pessoa humana, como sujeito de direitos independentemente da nacionalidade.

Tal análise é imprescindível ao se conceber as ações da política migratória como atreladas à ideologia, expressa por meio das proposições normativas, do discurso e, mormente, com a compreensão do direito como resultado provisório de lutas (FLORES, 2009)

---

<sup>2</sup> Mesmo com a revogação da Lei da Segurança Nacional pela Lei Federal nº 14.197, de 1º de setembro de 2021, que alterou o Código Penal, o termo é utilizado nesta pesquisa a partir da compreensão do direito como resultado provisório de lutas e a verificação da existência de um legado de criminalização do não nacional, que é o problema desta pesquisa.



Por fim, analisa-se o direito fundamental à presunção de inocência, no que se refere ao conteúdo, origem e interpretação jurisprudencial e, finalmente, a aplicabilidade da metodologia utilizada: a análise do discurso à luz dos conceitos operacionais e ao histórico discorrido nos capítulos anteriores para oferecer a resposta à problemática apresentada, qual seja: o impedimento de ingresso previsto no inciso IX do artigo 45 da Lei de Migrações representa um legado de criminalização do não nacional na política migratória brasileira?

Nesse ínterim, impende-se ressaltar o âmbito de análise do direito fundamental à presunção de inocência proposto, a saber, relativamente, ao instituto do impedimento de ingresso constante da Política Migratória brasileira. Concretamente, este trabalho visa abordar a hipótese prevista no inciso IX do artigo 45 da Lei Federal nº 13.445, de 2017 e suas alterações (BRASIL, 2017), que “Institui a Lei de Migração”. O referido dispositivo preconiza que poderá ser impedida de ingressar no país, após entrevista individual e mediante ato fundamentado, pessoa que tenha praticado ato contrário aos princípios e objetivos<sup>3</sup> dispostos na Constituição Federal, o que é configurado por intermédio de Portaria<sup>4</sup> (BRASIL, 2019) que prevê, para a caracterização

---

<sup>3</sup>Considerando que a Portaria em referência ainda traz a qualificação de pessoa considerada perigosa, para os fins do impedimento de ingresso do refugiado de que trata o § 2º do artigo 7º e seguintes da Lei Federal nº 9474, de 22 de julho de 1997, que “Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951”, preconizando que o pedido de refúgio não poderá ser invocado por pessoa considerada perigosa para a segurança no Brasil, estende-se, portanto, o efeito da mesma à situação de refúgio. Contudo, ainda que tal situação esteja abarcada pela Portaria, essa pesquisa pretende abordar o impacto da mesma exclusivamente sob a perspectiva do imigrante não forçado, tendo em vista as especificidades de tratamento jurídico desses diferentes grupos. No entanto, para ressaltar a importância do problema de pesquisa, destaca-se que nesse último diploma há dispositivos que sinalizam, ao invés da presunção de inocência do imigrante, sua criminalização e que avocam o fundamento da segurança nacional em detrimento da concepção da liberdade de locomoção como direito subjetivo (BRASIL, 1967, § 2º do art. 7º, 36, 39, III).

<sup>4</sup>BRASIL, Portaria nº 770, de 11 de outubro de 2019

Art. 1º Esta Portaria regula o impedimento de ingresso, a repatriação e a deportação de pessoa perigosa para a segurança do Brasil ou que tenha praticado ato contrário aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal, para aplicação do § 2º do art. 7º da Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, do inciso IX do art. 45 e do § 6º do art. 50, ambos da Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, do parágrafo único do art. 191 e do art. 207, ambos do Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017.

Art. 2º Para os efeitos desta Portaria, é considerada pessoa perigosa ou que tenha praticado ato contrário aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal aquele sobre o qual recaem razões sérias que indiquem envolvimento em:

I - terrorismo, nos termos da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016;

II - grupo criminoso organizado ou associação criminosa armada ou que tenha armas à disposição, nos termos da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013;

III - tráfico de drogas, pessoas ou armas de fogo; ou

IV - pornografia ou exploração sexual infantojuvenil.

desses atos, razões sérias que indiquem o envolvimento (...) em atos sobre os quais são conhecidos e avaliados pela autoridade migratória por meios dentre os quais a investigação criminal em curso ou sentença penal condenatória” (BRASIL, 2019).

Tal figura, por sua vez, relaciona-se tanto com o direito internacional, no que se refere à proteção conferida à mobilidade humana das pessoas oriundas de vários Estados soberanos; com o direito migratório, concernente às regras conferidas pelo plano interno do Estado Brasileiro; com o direito administrativo, já que é exarado pela Administração Pública Federal; e, finalmente, com o direito processual penal, já que a correlação que se faz, com base no atual regramento (BRASIL, 2019) é com garantia processual afeta à esfera da máxima proteção estatal.

Dessa maneira, já justificando a relevância do problema proposto, verifica-se a alta complexidade deste, considerando a coexistência de várias áreas do Direito, com regras específicas, além da pouca discussão acerca do assunto objeto desta pesquisa.

O objetivo geral deste trabalho, então, é problematizar a previsão do inciso IX do artigo 45 da Lei Federal nº 13.445, de 24 de maio de 2017 e suas alterações, que “Institui a Lei de Migração” (BRASIL, 2017) e sua identificação com um legado de criminalização do imigrante, à luz da concepção de universalidade dos direitos, atribuídos a todos (FERRAJOLI, 2001; 2006), independentemente da nacionalidade, e que se sujeitam ao controle de forma e de conteúdo, inclusive quanto à natureza do ato normativo acessório, dos princípios constitucionais, dentre os quais o da dignidade da pessoa humana; bem como à concepção do Direito enquanto resultado provisório de lutas por acesso a bens (FLORES, 2009).

Acerca da metodologia, esta pesquisa vale-se do método de abordagem dialético, o qual permite a interpretação de situações dinâmicas

---

§ 1º As hipóteses mencionadas nos incisos do caput deste artigo poderão ser conhecidas e avaliadas pela autoridade migratória por meio de:

I - difusão ou informação oficial em ação de cooperação internacional;

II - lista de restrições estabelecida em ordem judicial ou em compromisso assumido pela República Federativa do Brasil perante organismo internacional ou Estado estrangeiro;

III - informação de inteligência proveniente de autoridade brasileira ou estrangeira;

IV - **investigação criminal em curso**; ou

V - **sentença penal condenatória**;

...” (Grifo nosso)

considerando o contexto social, a partir de categorias de análise. As teóricas, que são utilizadas com vistas à explicação da realidade e as analíticas, que consistem em maneiras de observar um determinado fenômeno no âmbito de uma perspectiva de sistema, considerando a origem, historicidade, totalidade e contradição entre os fenômenos observados.

Nesta pesquisa, as categorias teóricas utilizadas para explicar a realidade consistirão na previsão do impedimento de ingresso na política migratória, do direito fundamental à presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana e na Teoria Garantista.

Já a categoria analítica será verificada no âmbito do resgate histórico, em diálogo com a totalidade da política migratória, com o fim de se observar o fenômeno do legado da criminalização em uma perspectiva de sistema, dinâmica da realidade, em que são realizados o confronto das concepções ideológicas dos diferentes contextos históricos, da previsão constitucional do direito fundamental à presunção de inocência, da previsão legal e infralegal do impedimento de ingresso.

Ao se compreender o direito com a realidade transitória, essa dinamicidade é inerente ao processo interpretativo, que, nesse caso, visa identificar, nos vários contextos, a presença de elemento comum ou, residual, na forma de tratamento do não nacional.

Os métodos de procedimentos utilizados nesta pesquisa serão o histórico e a análise do discurso. O histórico se justifica tendo em vista a função de investigar acontecimentos, processos e instituições do passado para, então, verificar a correlação com o contexto da época, o que proporciona a análise da influência de concepções pretéritas na sociedade atual. Tal instrumento alinha-se à perspectiva teórica assumida pela presente pesquisa da compreensão do Direito como processo, ou resultado provisório de lutas para o acesso aos bens jurídicos (FLORES, 2009, p. 28), considerando que as instituições alcançaram sua forma atual por meio de alterações de suas partes componentes, no decorrer do tempo, influenciadas pelo contexto cultural particular de cada época.

Nesse sentido, a utilização do referido método é essencial para a resposta ao problema apresentado, sobre a existência de um legado de criminalização do não nacional na previsão do artigo 45, IX da Lei Federal nº

13.445, de 2017 e suas alterações.

Diz-se isto, tendo em vista que o estudo da forma de tratamento do não nacional, sujeito de direitos subjetivos universalmente reconhecidos (FERRAJOLI, 2001; 2006; SARLET, 2009), pelo Estado, no âmbito da tutela penal que é a esfera máxima de proteção a bens jurídicos; no decorrer das lutas que antecederam a positivação do direito fundamental à presunção de inocência, é imprescindível para uma melhor compreensão da existência de avanços ou retrocessos na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse ínterim, será utilizado para resgatar o processo de construção da legislação pátria em vigor sobre o tema da migração, destacando o processo de sua arquitetura.

O método da análise de discurso é utilizado para a verificação dos enunciados, que, nessa pesquisa, subsistem na Lei Federal nº 13.445, de 2017 e suas alterações e nos atos normativos acessórios, compreendidos como instrumentos por meio dos quais o Estado manifesta sua ideologia, em determinado contexto histórico (MUSSALIM, 2003, p. 123).

Quanto aos demais discursos, revogados, estes serão válidos para o fornecimento de subsídio para a verificação da existência do legado, presente na legislação vigente.

Assim, no bojo do problema abordado por esta pesquisa, que se valerá da análise da relação entre o Estado e o direito em determinados contextos históricos, e, por conseguinte, da relação entre tais circunstâncias, tal instrumento se justifica como apto para a verificação do sentido<sup>5</sup> que as proposições normativas do impedimento de ingresso visam enunciar (BRANDÃO, 2004, p. 42).

Tal sentido será depreendido à luz do contexto social e histórico - condições de produção, bem como da relação entre o Estado e o sujeito, que culminaram na materialização da ideologia e no assujeitamento desta na previsão do impedimento de ingresso do inciso IX do artigo 45 da Lei de Migrações.

---

<sup>5</sup>O método da Análise do discurso considera como parte constitutiva do sentido o contexto-histórico. (...) O contexto histórico-social, então, o contexto de enunciação, constitui parte do sentido do discurso e não apenas um apêndice que pode ou não ser considerado. Em outras palavras, pode-se dizer que, para a AD, os sentidos são historicamente construídos (MUSSALIM, 2003, p. 123).

A pesquisa, ainda, utiliza das técnicas da documentação direta e indireta. A indireta: pesquisa bibliográfica e documental e, nesse aspecto permitem o levantamento de leituras acerca das teorias e paradigmas pertinentes à pesquisa, enquanto a documentação direta é realizada por meio da análise de conteúdo da lei Federal nº 13.445, de 2017 e suas alterações, e atos normativos acessórios.

Passadas estas considerações iniciais, segue-se com a abordagem dos conceitos operacionais desta pesquisa, a saber as perspectivas de Direito e Estado, bem como os respectivos desdobramentos, para o oferecimento de resposta ao problema apresentado.

## **1. ESTADO (D)E DIREITO À LUZ DA TEORIA GARANTISTA: PREMISSAS PARA UMA DISCUSSÃO SOBRE MIGRAÇÃO**

Este capítulo objetiva a abordagem dos conceitos operacionais da pesquisa, a saber as concepções principiológicas de Estado e Direito que fundamentarão a discussão do problema apresentado.

Visa-se ao estabelecimento da matriz teórica que orientará a operacionalização dos conceitos técnicos relativos ao ingresso para a resposta ao problema apresentado, a saber, se o impedimento de ingresso previsto no inciso IX do artigo 45 da Lei de Migrações ante o direito fundamental à presunção de inocência representa um legado de criminalização do não nacional.

Assim, inicia-se com a interpretação que se faz da Teoria Garantista, compreendida neste trabalho pelas lições de Ferrajoli, acerca da universalidade do direito (FERRAJOLI 2001; 2006), sob o fundamento na dignidade da pessoa humana; bem como de Herrera Flores, para quem o direito consiste no resultado provisório de lutas por acesso a bens (FLORES, 2009).

Nesse íterim, apresentam-se também os desdobramentos destas perspectivas no que se relaciona à soberania, cidadania e à legalidade a que está submetido o Estado Democrático de Direito.

Em geral, objetiva-se, neste capítulo, o fornecimento de base teórica dos aspectos gerais relacionados aos conceitos e sujeitos envolvidos na política migratória em um Estado Democrático de Direito: o Estado e o não nacional, com o fim de possibilitar a resposta ao problema apresentado a partir da comparação de tais aspectos com o discurso da política migratória, o que a seguir passa a expor.

### **1.1. Da Teoria Garantista**

O marco teórico utilizado para a análise do problema apresentado nesta pesquisa é integrado pela interpretação das lições de Luigi Ferrajoli (2011), no que se refere à universalidade de direitos, e de Herrera Flores (2009), no tocante à consideração do direito enquanto resultado provisório de lutas, denominados Teoria Garantista considerando as semelhanças de ambas as teorias em tal sentido.

Ferrajoli (2011) desenvolve argumentos que visam responder à questão: quais direitos são considerados fundamentais? Nesse sentido, conciliando com a Teoria de Herrera Flores, que será adiante estudada: quais direitos que, por visarem à dignidade, e, portanto, à correção das desigualdades, após lutas que devem considerar os vários contextos envolvidos, devem contar com os meios necessários para a respectiva implementação pelo Estado? Ferrajoli (2011) elenca quatro respostas fornecidas de acordo com perspectivas: da Teoria do Direito, da justiça, do direito positivo e da efetividade.

A Teoria do Direito trata da resposta que visa identificar quais são as características estruturais ou o significado do conceito técnico-jurídico de direitos fundamentais, que, para o autor são “todos aqueles direitos que são atribuídos universalmente a todos enquanto pessoas, enquanto cidadãos ou enquanto capazes de agir” (FERRAJOLI, 2011, posição 2195). Para o autor, tal concepção vale para quaisquer ordenamentos, posto que é ideologicamente neutra (FERRAJOLI, 2011). Nesse sentido, para Ferrajoli, trata-se de uma concepção convencional ou estipulativa, formulada em função de uma finalidade explicativa (FERRAJOLI, 2011), tendo um caráter puramente formal, que não aponta quais devem ser os direitos fundamentais, mas somente o que são direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2011, posição 2212). Como consequência desse entendimento, seriam direitos fundamentais aqueles positivamente estabelecidos (FERRAJOLI, 2011).

Para Ferrajoli, a universalidade dos direitos fundamentais é equivalente à igualdade jurídica, tendo em vista que são dispostos por normas heterônomas, enquanto os direitos patrimoniais são predispostos “como efeitos dos atos negociais por essas hipotizadas (FERRAJOLI, 2011, posição 2317). Dessa noção decorre que diferentemente dos direitos patrimoniais, os direitos fundamentais são inalienáveis (FERRAJOLI, 2011).

Ainda, para o autor, a forma universal dos direitos fundamentais representa a base para a garantia normativa, considerando que tais direitos funcionam como limites à legislação e ao poder político da maioria, integrando a “esfera do não decidível” (FERRAJOLI, 2011, posição 483). Nesse sentido, os direitos fundamentais representam “fragmentos da soberania nas mãos de todos e de cada um” (FERRAJOLI, 2011, posição 2340).

Ferrajoli usa o termo “cidadãos de carne e osso” para se referir aos titulares dos direitos fundamentais:

Todos os direitos fundamentais (...), sendo conferidos igualmente a todos enquanto pessoas ou cidadãos, aludem a todo o “povo”, referindo-se a poderes e a expectativas de todos (...). A sua constitucionalização, elevando-os como normas supraordenadas a qualquer outra, confere aos seus titulares – ou seja, a todos os cidadãos de carne e osso – uma posição, por sua vez, supraordenada ao conjunto dos poderes públicos que a seu respeito e a sua garantia são vinculados e funcionalizados. (...) Não sendo o povo um macrossujeito, mas sim o conjunto de todos os associados, a soberania pertence a todos e a cada um, identificando-se com o conjunto daqueles fragmentos de soberania, ou seja, daqueles poderes e contrapoderes que são os direitos fundamentais dos quais todos e cada um são titulares. A soberania, em suma, é de todos e (por isso) de ninguém (FERRAJOLI, 2011, posição 2342).

Nesse contexto, o autor defende “a primazia dos direitos fundamentais sobre os poderes públicos, das pessoas de carne e osso sobre as máquinas políticas e sobre os aparatos administrativos, que está o significado profundo de democracia” (FERRAJOLI, 2011, posição 2559).

Dessa forma, a compreensão inversa, da primazia dos poderes públicos sobre os direitos fundamentais implica em uma visão antidemocrática e soberanista.

Em linhas gerais, os homens, em decorrência de sua natureza, são investidos de atribuições que lhe são inerentes e indispensáveis para o seu desenvolvimento, de modo que os direitos humanos sintetizam a proteção desses atributos no plano moral, enquanto os direitos fundamentais, no plano do direito (PULIDO, 2013, p. 310).

Para Ferrajoli (2011, posição 2406), a dignidade da pessoa humana é um dos critérios para a diferenciação entre os direitos fundamentais e patrimoniais, sendo fundada na oposição Kantiana entre o que tem preço e o que não admite equivalente. Para Kant:

“o que tem preço pode ser substituído com qualquer coisa de outro, a título equivalente; ao contrário, aquilo que é superior àquele preço e que não admite equivalente é aquilo que tem uma dignidade... Aquilo que permite que qualquer coisa seja fim a si mesmo não tem somente um valor relativo e, isto é, um preço, mas tem um valor intrínseco, e, isto é, uma dignidade(...)” (FERRAJOLI, 2011, posição 2406).



Ainda para o autor, o fato de o homem considerado pessoa possuir dignidade demonstra-o elevado acima de qualquer preço, porque como tal deve ser protegido, não como um meio para atingir os fins dos outros e muito menos os seus próprios”, e “ao conter um valor interior absoluto constrange ao respeito de si mesmo todas as outras criaturas racionais do mundo” (FERRAJOLI, 2011, posição 2414).

Nesse sentido, Ferrajoli argumenta que o que garante a dignidade de uma pessoa são os direitos que asseguram a sua identidade, a saber os de liberdade, os de afirmação, tutela e valorização de todas as diferenças de identidade que fazem de cada indivíduo uma pessoa igual as outras, bem como os sociais à sobrevivência (FERRAJOLI, 2011, posição 2419). Trata-se de um dos fundamentos axiológicos dos direitos fundamentais da proteção do “igual valor associado a todas as diferenças pessoais de identidade” (FERRAJOLI, 2011, posição 2428).

Nesse contexto, a igualdade exige a proteção das diferenças sendo o fundamento axiológico dos direitos de liberdade, que serão estabelecidos para a tutela do igual valor das diferenças pessoais. Tal fundamento reside no fato que com esses é estipulada a não exclusão de ninguém (FERRAJOLI, 2011, posição 2434).

Para Ferrajoli (2011), o Estado Legislativo de Direito, caracterizado pelo controle de forma das normas é substituído pelo Estado Constitucional de Direito, de modo que a legislação deve se sujeitar aos princípios estabelecidos pela Constituição, os quais têm a mesma força normativa das regras, posto que objetivam assegurar um direito constitucionalmente instituído, vinculando, assim, a legislação inferior.

Neste sentido, ensina:

[...] o constitucionalismo equivale, como sistema jurídico, a um conjunto de limites e de vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas pelas normas supraordenadas; e, como teoria do direito, a uma concepção de validade das leis que não está mais ancorada apenas na conformidade das suas formas de produção a normas procedimentais sobre a sua elaboração, mas também na coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos (FERRAJOLI, 2012, p. 13).

Considerando o fato de que direitos fundamentais são estabelecidos pelas normas, estes são violados quando presentes normas que lhes sejam conflitantes, bem como na ausência das devidas garantias (FERRAJOLI, 2011, posição 2385).

Ainda de acordo com apontado por Ferrajoli (2012), em razão das inovações da mudança de paradigma, pode-se afirmar que já não existe soberania no plano interno e nem no plano externo. No plano interno, pois todos os poderes estão sujeitos aos preceitos constitucionais, e no plano externo, pois os Estados estão submetidos aos pactos internacionais a partir da Carta das Nações Unidas, que proíbem a guerra e os obrigam respeitar os direitos fundamentais.

O novo sistema ou paradigma garantista não se confunde com o antigo sistema positivista do Estado liberal pré-constitucional. O novo modelo não se limita a programar apenas as formas de produção do direito mediante normas procedimentais sobre a formação das leis, mas, para além, programa o conteúdo substancial do direito, vinculando-os aos princípios de justiça (igualdade, paz, tutela dos direitos fundamentais) inscritos nas constituições.

Para Ferrajoli (2008), o paradigma garantista provocou as seguintes mudanças:

i) mudou as condições de validade das leis, as quais dependem tanto do respeito às normas formais e procedimentais, quanto das normas substanciais sobre o seu conteúdo;

ii) mudou a natureza da jurisdição e a relação do juiz com a lei, o qual, a partir de então, se sujeita à constituição e estar autorizado a fazer críticas das leis inválidas por meioda reinterpretação no sentido constitucional ou de denunciá-las de sua inconstitucionalidade, diferentemente do velho paradigma juspositivista no qual se sujeitava a letra da lei sem importar com o seu significado;

iii) mudou a função da ciência jurídica, a qual passou a estar investida de uma função não só descritiva, como no antigo positivismo, mas também de uma função crítica e intelectual diante do seu objeto;

iv) mudou a natureza da democracia: a constitucionalização rígida dos direitos fundamentais que impôs obrigações e proibições aos poderes

públicos, e inseriu uma dimensão substancial à democracia, além da tradicional dimensão política (meramente formal e procedimental);

v) mudou a relação entre política e o direito: o direito deixou de ser subordinado à política, e esta se converteu em um instrumento do direito, submetida aos limites impostos pelos princípios constitucionais. Passou-se a ter os vínculos negativos por meio dos direitos de liberdades; e os vínculos positivos com os direitos sociais. Com isso, pode-se chamar de “esfera do decidível” a política e o mercado, que é limitada pela esfera do indecidível, que determinada pelos direitos fundamentais, que não podem ser alterados, inclusive por unanimidade. Por isso, os direitos fundamentais são considerados um trunfo das minorias, a lei dos mais fracos em face da lei dos mais fortes (FERRAJOLI, 2011, posição 2440). A partir do paradigma da “democracia institucional” “é retirada a qualquer poder decisional, público ou privado, a disponibilidade dos direitos fundamentais” (FERRAJOLI, 2011, posição 2515).

Segundo Ferrajoli (2008), o grande desafio da democracia é gerado pela desigualdade, crescente e cada vez mais intolerável, entre os países ricos e países pobres. Por isso, o autor propõe a necessidade de trabalhar a democracia na sua dimensão transnacional, levando a sério os direitos humanos proclamados em nossas constituições e nas declarações internacionais, o que significa:

i) reconhecer o caráter supraestatal dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, desenvolver, no plano internacional, garantias idôneas para tutelá-los e satisfazê-los mesmo contra os seus Estados; e

ii) considerar realmente os direitos fundamentais, desvinculando-os da noção de cidadania, o que significa reconhecer o caráter supraestatal e protegê-los tanto dentro quanto fora do território do Estado. Significa também por fim ao grande apartheid que exclui do seu proveito a grande maioria da humanidade e condena a fome bilhões de pessoas. Significa, em concreto, transformar em direitos da pessoa os direitos de liberdade reservados aos cidadãos, que é o direito de residência e o direito de circulação nos países privilegiados.

Nesse ínterim, destaca-se o reflexo do garantismo no âmbito máximo de atuação do Estado: o direito penal. Um dos instrumentos do acesso à

igualdade, dentre os demais elementos alhures apresentados, destaca-se a legalidade estrita, assim explicada por Ferrajoli (2002, p. 31).

O princípio da legalidade estrita é proposto como uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter "constitutivo" e não "regulamentar" daquilo que é punível: **como as normas que, em terríveis ordenamentos passados, perseguiram** as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos e os inimigos do povo; como as que ainda existem em nosso ordenamento, que perseguem os "desocupados" e os "vagabundos", os "propensos a delinquir", os "dedicados a tráfico ilícitos", **os "socialmente perigosos"** e outros semelhantes. (Grifo Nosso)  
 ...

Verifica-se que a concepção garantista implica na cominação de convenções penais que não se refiram a pessoas, o que remonta a períodos nos quais o ordenamento considerava o diferente como inimigo do povo, sendo tal aspecto componente do princípio da legalidade. Passada a definição do conceito de direitos fundamentais, Ferrajoli, então, lança as bases para estabelecer os critérios axiológicos – concepção de justiça, identificar os direitos fundamentais nos ordenamentos – direito positivo e reconstruir os processos históricos e culturais por meio dos quais foram concebidos e, assim, indagar o grau de efetiva tutela para a projeção de políticas públicas idôneas (FERRAJOLI, 2011).

A concepção de justiça trata da interrogação axiológica, relativamente ao dever ser, e, portanto, do que é justo considerar direitos fundamentais. Neste aspecto, “são fundamentais todos os direitos que garantem o necessário para cumprir aqueles valores ou princípios de justiça” (FERRAJOLI, 2011, posição 2158). Tal perspectiva depende de critérios metaéticos ou metapolíticos idôneos para a justificativa da estipulação de determinados interesses como fundamentais e que residem em quatro critérios: a dignidade da pessoa, a igualdade, a paz, e, ainda, o papel dos direitos fundamentais como leis do mais fraco.

Acerca da dignidade da pessoa humana, Ferrajoli aponta para a concepção Kantiana do homem como acima de qualquer preço, devendo ser protegido, não como um meio para atingir os fins dos outros e muito menos os seus próprios”, e “ao conter um valor interior absoluto constrange ao respeito

de si mesmo todas as outras criaturas racionais do mundo” (FERRAJOLI, 2011, posição 2414).

Nesse sentido, Ferrajoli argumenta que o que garante a dignidade de uma pessoa são os direitos que asseguram a sua identidade, a saber os de liberdade, os de afirmação, tutela e valorização de todas as diferenças de identidade que fazem de cada indivíduo uma pessoa igual as outras, bem como os sociais à sobrevivência. Ferrajoli defende que é “por meio das garantias de liberdade (...) que vem assegurada, com igual valor associado a todas as diferenças pessoais de identidade e com a redução das desigualdades materiais, a dignidade das pessoas” (FERRAJOLI, 2011, posição 2428).

Quanto à Igualdade, Ferrajoli aponta que esta exige a proteção das diferenças, sendo o fundamento axiológico da tutela do igual valor das diferenças pessoais (FERRAJOLI, 2011). O autor ainda aduz que os direitos não são pertencentes a uma cultura, sendo, antes, uma proteção do indivíduo inclusive contra a cultura, relembrando a importância da liberdade religiosa:

“Não esqueçamos que o primeiro direito de liberdade afirmado historicamente nas origens do Estado moderno foi a liberdade religiosa e de consciência, que é essencialmente um direito cultural, equivalente à liberdade e à tolerância de todas as diferenças de identidade, sejam essas religiosas, ou políticas, ou ideológicas (...) O universalismo dos direitos fundamentais, em verdade, exatamente porque os direitos são do indivíduo, e não das culturas, não se opõe ao multiculturalismo, mas lhe representa a principal garantia” (FERRAJOLI, 2011, posição 2455).

Em relação ao nexos entre os direitos humanos e a paz, Ferrajoli (2012) destaca que devem ser garantidos como direitos fundamentais todos aqueles direitos dos quais a garantia depende a paz (FERRAJOLI, 2011) sendo “todos os direitos em que a ausência da tutela ocasiona violência opressiva dos mais fortes ou revolta dos mais fracos” (FERRAJOLI, 2011, posição 2466).

Ainda, Ferrajoli (2012) aponta como critério para a caracterização dos direitos fundamentais a garantia dos direitos do mais fraco. Em consonância com Flores (2009), Ferrajoli reconhece que os direitos humanos e fundamentais foram estabelecidos como resultado de lutas contra a discriminação e opressão. Assim, são direitos conquistados como defesa dos mais fracos.

Já o prisma do direito positivo trata da “validade segundo o direito positivo”, nesse sentido, trata-se da fonte dos direitos fundamentais nos

ordenamentos (FERRAJOLI, 2011, posição 2160). Ferrajoli (2011) aduz que “analogicamente, são direitos fundamentais, no direito internacional, os direitos reconhecidos como tais pelas cartas e convenções internacionais, tais com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, (...)”.

Já o aspecto da efetividade trata das razões e dos processos por meio dos quais os direitos fundamentais se afirmam e são garantidos, designando a origem ou o fundamento sociológico dos direitos como conquistas das civilizações “que se afirmam historicamente como resultado de lutas e que são, de fato, garantidos nos ordenamentos” (FERRAJOLI, 2011, posição 2176). Dessa forma, identifica-se, assim como na Teoria de Flores, que o fundamento dos direitos pauta-se, principalmente, pela conquista dos processos históricos e, portanto, pela satisfação de necessidades humanas das lutas contra o absolutismo do poder, a favor da dignidade. Portanto, para ambos os autores, destaca-se que a história do Estado de Direito, dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais é a história das lutas contra o absolutismo, seja do velho absolutismo da soberania externa dos Estados que fixam normas sem efetividade no plano internacional, seja do novo absolutismo dos grandes poderes econômicos e financeiros (GRUBBA e CADEMARTORI, 2012).

Nesse sentido, verifica-se que assim como para Flores (2009), para Ferrajoli (2011) os direitos representam luta por acesso a bens, devendo o Estado garanti-los, por meio de uma ordem jurídica que respeite às diferenças, e que se subordine aos princípios constitucionais e às normas internacionais de proteção.

Nesse íterim, passa-se a discorrer sobre a perspectiva do direito como resultado provisório de lutas desenvolvida por Herrera Flores (2009), consoante a qual os direitos são processos e, nesse sentido, as lutas sociais que motivaram a positivação dos mesmos são fundamentais para a concepção dos meios necessários para a garantia e concretização desses direitos (FLORES, 2009). Considerando que os direitos não são um dado construído, mas, antes, um resultado provisório de lutas por acesso a bens, também a violação desses direitos faz parte de uma construção histórica (FLORES, 2006).

Essa posição de Herrera Flores traduz-se como importantíssima para o estudo proposto, já que se pretende a investigação da existência de um legado de criminalização do imigrante na política migratória. Ora, se o direito é o

resultado de acesso a bens, a ofensa aos direitos dos imigrantes representa o não cumprimento desse acesso e, muito mais do que isso, representa a ofensa às lutas anteriores e atuais de vulneráveis que carecem da atuação do Estado na defesa, proteção e promoção desses direitos.

Quando o Estado, que deve ser o principal garantidor da ordem jurídica, é o violador dos direitos que deveria promover, vislumbra-se uma perpetuação das injustiças e desigualdades. Destaque-se que como os direitos são o acesso a bens, estes devem ser garantidos por meio de mecanismos concretos de atuação estatal. Ao se estudar a legislação, que é o instrumento por meio do qual o Estado expressa a vontade, e constatar que ela, além de não contar com garantias concretas para a viabilização dos direitos, ainda não elenca nem direitos, antes, os ofende, vê-se que a situação está mesmo caótica.

Isso porque não basta o direito estar previsto na lei como tal para que seja efetivamente concretizado. Assim, muito mais grave a situação em que diplomas normativos, para além da omissão das garantias que deve fornecer, expressamente os violam. Tamanha é a demonstração do descaso e da demonstração de uma ditadura de garantias e direitos em plena era do que se denomina de Estado Democrático de Direito.

Tal raciocínio é fundamental para a análise da existência de uma ideologia que seja contrária às garantias do não nacional no bojo da política migratória brasileira. Para Flores, mister a análise dos bens exigíveis para se viver com dignidade: a moradia, o trabalho, meio ambiente, a cidadania, locomoção, exemplos de bens que satisfazem as necessidades não de modo “a priori”, mas que possibilitam uma vida digna quando garantidos por meios obtidos após lutas. (FLORES, 2009, p. 28). Nesse contexto, o autor cita o exemplo das migrações no contexto europeu como exemplo de lutas que não se apoiam em sistemas de garantias já formalizados (FLORES, 2009, p. 28).

Dessa forma, vê-se que há um enfoque na razão das lutas que os originaram, considerado o contexto histórico, cultural, social ou político, dentre os quais o econômico, uma das causas das migrações (FLORES, 2009, p. 30). Lutas que, por sua vez, para Flores, são motivadas pela dignidade, que, nas palavras de Flores:

Entenda-se por dignidade não o simples acesso aos bens, mas que tal acesso seja igualitário e não esteja hierarquizado “a priori” por processos de divisão do fazer que coloquem alguns, na hora de ter

acesso aos bens, em posições privilegiadas, e outros em situação de opressão e subordinação(...). A dignidade é um fim material. Trata-se de um objetivo que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens que fazem com que a vida seja “digna” de ser vivida (FLORES, 2009, p.30).

Flores alerta, ainda, que não se distancia dos ideais dos tradicionalistas, mas, antes, propõe uma teoria que não considere os direitos como ideais abstratos, mas que impendem que lutas os ponham em prática, que considerem a realidade, as condições materiais que impulsionam as lutas. (FLORES, 2009, p.31-32).

Para Flores (2009), o conteúdo básico dos direitos humanos não é, portanto, o direito a ter direitos, mas, sim, “o conjunto de lutas pela dignidade, cujos resultados, se é que temos o poder necessário para isso, deverão ser garantidos por normas jurídicas, por políticas públicas e por uma economia aberta às exigências da dignidade”. Assim, a luta pela dignidade humana é a razão e a consequência da luta pela justiça.

Ao se propor o estudo da análise de um legado de criminalização do não nacional e, portanto, de desconstrução histórica das garantias (FLORES, 2009), estas devem considerar as especificidades e os motivos das lutas dos não nacionais, dentre as quais a busca por melhores condições de vida, devido à situação de desigualdade entre os países do globo.

Considerando a perspectiva de que “a globalização da racionalidade capitalista supõe a generalização de uma ideologia baseada no individualismo, exploração e competitividade” (FLORES, 2009, p. 17), impende-se ressaltar a importância da compreensão dos direitos como emancipatórios de uma ideologia que prime pelas expectativas de benefício imediato do capital em detrimento das necessidades humanas (FLORES, 2009, p. 17). Assim, no caso dos não nacionais, verificam-se que as lutas relacionadas ao reconhecimento de direitos relacionam-se a aspectos relativos à diferença cultural, de idioma, financeira, dentre outros que devem ser avaliados quando da análise da efetivação dos direitos, dentre os quais o da presunção de inocência.

Assim, para a análise da efetividade do direito fundamental à presunção à inocência do não nacional, mister é a verificação de aspectos relacionados, por exemplo, a juízos de valor tomados com base na nacionalidade. Tais aspectos, assim como presentes nas lutas que motivaram



o direito sinalizam elementos que são levados em conta na desconstrução dos direitos.

Nesse ínterim, é importante o estudo zetético da ideologia expressa no discurso do Estado, com a constante análise e reflexão próprias do processo de investigação que busca a compreensão da realidade e, nesse sentido, dos mecanismos necessários para, além do resgate de direitos usurpados, o avanço crescente em direção à dignidade (FLORES, 2009, p. 26).

Nesse sentido, importante destacar a relação entre sujeito e ideologia e o discurso que a propaga à luz do método da análise do discurso, empregado nesta pesquisa com o fim de investigar o problema da verificação da existência de um legado de criminalização do imigrante na política migratória brasileira, o que será abarcado no capítulo 3 deste trabalho.

Nesse sentido, destaca-se que os direitos não podem reduzir-se a normas. Flores (2009, p. 18) destaca que “o direito, nacional ou internacional, não é mais que uma técnica procedimental que estabelece formas para o acesso a bens”. Tais normas não são neutras e têm condições impostas pelo sistema de valores dominantes “sacralizando ou deslegitimando as posições que uns e outros ocupam nos sistemas sociais” (FLORES, 2009, p. 28).

Nesse contexto, o direito assume uma função emancipatória na medida em que setores sociais, ao apresentarem os anseios inerentes aos respectivos contextos e realidades, impulsionam as normas para o rompimento do tratamento desigual (FLORES, 2009, p. 18).

Para Flores (2009), então, as causas da luta dos vulneráveis são de fundamental importância para analisar o atendimento concreto a determinado direito, o qual não resta acabado, mas, antes, está em permanente processo de construção.

Assim, os direitos humanos não podem ser compreendidos em uma perspectiva formal, concebidos como aqueles direitos concebidos no plano internacional, posto que se assim fosse, como explicar a situação anterior à regulamentação no plano internacional desses direitos? O que fez com que os indivíduos tivessem reconhecidos direitos no plano internacional? A positivação desses direitos, por si só, que legitimam a sua validade?

De acordo com Flores, os direitos são processos institucionais e sociais que possibilitam a abertura e a consolidação de espaços de luta pela

dignidade. Humana. Assim, não é o reconhecimento jurídico desses direitos que os torna universais, muito menos na adaptação de uma ideologia que os considere sem a análise do contexto social. Para o autor, a universalidade dos direitos humanos somente pode ser definida pelo:

(...) fortalecimento de indivíduos, grupos e organizações na hora de construir um marco de ação que permita a todos e a todas criar as condições que garantam de um modo igualitário o acesso aos bens imateriais que fazem com que a vida seja digna de ser vivida (FLORES, 2009, p. 19).

Flores (2009), assim como Ferrajoli em relação aos direitos fundamentais, trata da universalidade dos direitos humanos independentemente das diferenças, dentre as quais a nacionalidade. O autor, ainda, alerta para a “armadilha” de ao falar sobre “direitos humanos” conceder enfoque aos “direitos”, desprezando as lutas e conflitos que os motivaram e incorrendo no risco de se considerar o reconhecimento jurídico como apto para resolver as situações de injustiça ou de desigualdade que as normas devem regular (FLORES, 2009, p. 21). A postura que vise à desconstrução dos sistemas de valores que provocam tais desigualdades para Flores (2009, p. 21) deve ser, antes, fundamentada na “assunção de compromissos e deveres que surfem da luta pela dignidade”.

Para explicar a teoria tradicional dos direitos humanos, à qual se contrapõe, Flores cita os artigos<sup>6</sup> 1º e 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, opinando que, diante dessas definições, “os direitos humanos se satisfazem tendo direitos, sendo, assim, uma plataforma para a obtenção de direitos” (FLORES, 2009, p. 27). Dessa forma, a Teoria Tradicional privilegia o “direito a ter direitos”, lógica simplista que ignora a complexidade inerente ao tema, tais como os aspectos relacionados aos bens que esses direitos visam garantir, as lutas sociais que expressam a falta de acesso a tais bens e às condições existentes para a implementação desses direitos (FLORES, 2009, p. 27).

---

<sup>6</sup> Artigo 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. Artigo 2º Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

Para o autor, tal lógica induz ao pensamento de que os direitos existem mesmo antes das capacidades e condições adequadas para que estes sejam viabilizados. (FLORES, 2006, p. 26)

A Teoria de Flores, assim, enfatiza que os direitos humanos não são entidades abstratas impostas por uma ordem superior, mas, sim, existem a partir das lutas sociais. Tais lutas, por sua vez, são plurais e diversas. Assim, tão importante como ter direitos é a compreensão do motivo do seu “surgimento” na ordem jurídica (FLORES, 2009, p. 27)

Tal compreensão é essencial para esta pesquisa, tendo em vista que, à luz dela, o direito à presunção de inocência e a liberdade de migrar são reconhecidos pela ordem jurídica internacional e nacional por algum motivo. Houve lutas sociais que os antecederam e um contexto histórico de compreensão dos mesmos. Neste processo, considerando a imigração consistir no movimento de pessoas de um país para o outro com ânimo temporário ou permanente, o que envolve diferentes causas, fatores, culturas, as lutas pelo ingresso contêm, portanto, aspectos muito mais complexos do que o entendimento do direito enquanto positivamente.

Sendo assim, resumidamente, à luz da Teoria Crítica desenvolvida por Herrera Flores (2009), o Estado deve, para além da positivação de direitos, garantir os meios necessários para a efetiva implementação em prol da dignidade, eliminando as desigualdades existentes, e conferindo, assim, justiça. Para tanto, deve-se considerar as lutas que motivaram o acesso a esses bens, não desconstruindo direitos, mas, antes, garantindo e realizando direitos. A ordem jurídica, por sua vez, representa a positivação do acesso a bens necessários para uma vida digna, que deve ser garantida a todos universalmente, não sob uma perspectiva de pré-existência, mas, sim, como resultado provisório de lutas em busca do acesso a bens.

Assim, as lutas por acesso a bens, tais como a liberdade de locomoção, e a inocência até que a culpa seja provada por elementos concretos e suficientes que comprovem, cabalmente, a autoria de determinados tipos penais, as garantias que visem ao acesso aos bens jurídicos que tais direitos visam alcançar devem ser implementadas por meio de políticas públicas do Estado.

Tal Teoria tem fundamental importância para o estudo do problema da existência de um legado de criminalização do imigrante, pois se visa compreender se a política migratória brasileira, no que se refere ao impedimento de ingresso, tem atuado na desconstrução ou construção e avanço de direitos conquistados por lutas que objetivaram o acesso a bens. Nesse contexto, a teoria contribui para a identificação do impedimento de ingresso a partir do prisma da garantia de acesso a bens após lutas históricas e a demonstração, se constatada a criminalização, da não neutralidade no campo político das normas a que Flores (2009) faz referência traduzida da ideologia de retirada de garantias e da verificação da primazia pela lógica dos interesses econômicos em detrimento da consideração do não nacional como sujeito de direitos e garantias, dentre as quais o de não ser presumido como culpado e de não ser um objeto que sirva aos interesses econômicos do Estado.

Discorridas sobre as definições teóricas de Estado e de Direito assumidas, impende-se o estudo dos desdobramentos específicos destes conceitos no que se relaciona ao objeto em comento: a saber as concepções de soberania no plano internacional, cidadania, e o princípio da legalidade como limitador do Estado Democrático de Direito.

## **1.2. A soberania e o Direito Internacional da Mobilidade Humana**

O Direito Internacional da Mobilidade Humana consiste no conjunto de normas internacionais que regula os direitos dos indivíduos em situação de deslocamento transfronteiriço ou em permanência em Estado no qual não tenha o vínculo de origem (RAMOS, 2020, p. 68).

Tal temática se justifica como importante para o estudo do problema proposto tendo em vista o ingresso ser decorrente de deslocamentos de pessoas entre Estados soberanos. Uma vez preenchidos os requisitos para a sua formação, a saber governo independente, população e território (MAZZUOLI, 2014, p. 483), o reconhecimento implica na soberania do Estado em sentido lato, como o poder de mando de última instância e, em sentido estrito, na concepção moderna, caracteriza o Poder estatal, sujeito único e

exclusivo da política (BOBBIO, 1994, apud CRUZ, 2007, p. 70). Segundo a teoria da Soberania da Nação, o Estado é independente ante a qualquer poder externo (SIEYÈS, 1986, p. 113, apud CRUZ, 2007, p. 70).

Assim, considerando a independência, característica dos Estados soberanos, estes poderiam impor restrições relacionadas ao deslocamento de não nacionais em face da soberania e que ofendessem a direitos positivados nos respectivos marcos constitucionais? Considerando o não nacional que pretende o ingresso no território brasileiro estar em zona de fronteira, o direito fundamental à presunção de inocência seria a ele assegurado no plano dogmático?

Para a resposta às perguntas apresentadas, ressaltam-se alguns aspectos de necessária observação, a saber: a relativização da soberania no plano internacional pelo princípio da prevalência dos direitos humanos como regente das relações internacionais, bem como o reconhecimento dos direitos humanos decorrente da dignidade da pessoa humana independentemente da situação migratória e o princípio da legalidade no Estado Democrático de Direito, como limitador da liberalidade estatal.

Digno de nota que a soberania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que se constitui em Estado Democrático de Direito; assim como a dignidade da pessoa humana e a cidadania, além do que “todo o poder emana do povo (...)” (1988, art. 1º, I, III, II).

O conceito de soberania, concebido por Jean Bodin, foi elaborado em um momento em que se produzia a afirmação da monarquia absoluta como regime de governo capaz de assegurar a paz social, tanto em face das guerras religiosas como diante de potenciais invasores ou poderes externos (CRUZ, 2007, p. 75). Tal caráter supremo teve acolhida com a indicação de que tal atributo pertence à nação (CRUZ, 2007, p. 75), significando, como poder de autodeterminação, o poder de uma nação, por meio do Estado, de dizer aos demais Estados que teria o controle do destino, “não admitindo qualquer interferência exterior nos assuntos de seu exclusivo interesse” (CRUZ, 2007, p. 76).

Não obstante, no cenário pós-guerra, verificou-se o esforço da comunidade internacional em reconstruir os direitos humanos sob a ótica da

proteção universal, garantida, subsidiariamente e na falha do Estado pelo próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Como sujeitos de direito internacional, os Estados, ao se relacionarem entre si no plano internacional, contraindo direitos e obrigações, passaram a reconhecer e a proteger determinados bens indispensáveis a uma vida digna, sob a forma de direitos humanos, contra violações e arbitrariedades que um Estado possa cometer às pessoas sujeitas à jurisdição, e que, se violados, sujeitam-se à responsabilidade internacional (MAZZUOLI, 2020, p. 24). Nesse ínterim, “quando se trata da proteção dos direitos humanos, não importa a nacionalidade da vítima, bastando ter sido ela violada em seus direitos de índole internacional por um ato de Estado sob cuja jurisdição se encontre” (MAZZUOLI, 2020, p. 24).

Nesse ínterim, a soberania dos Estados foi, aos poucos, reconfigurada, aceitando-se que a proteção dos direitos humanos era um tema universal e não meramente de jurisdição local (RAMOS, 2020, p. 68-69). Trata-se do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o qual, consoante André de Carvalho Ramos, consiste no conjunto de normas internacionais que regula os direitos dos indivíduos em situação de deslocamento entre fronteiras ou em permanência, temporária ou definitiva, em Estado diferente daquele onde se deu o nascimento (RAMOS, 2020). Tal regramento contempla os “processos internacionais que interpretam o conteúdo desses direitos e zelam para que os Estados cumpram suas obrigações” (RAMOS, 2020).

Assim, os Estados passam a, em vez de discutir internamente os seus problemas, a alterar o estabelecimento do foro de discussões para o plano internacional por meio de organizações e organismos a gestar e abstrair estas normas desses foros (ROSSI, 2001, p. 3).

Nesse ínterim, verifica-se que a transferência do poder a organismos internacionais esvazia o sentido da soberania, que não é, portanto, uma qualidade inalterável, permanente e indissolúvel (CRUZ, 2007, p. 78). As fronteiras são permeáveis e perdem seu significado quando atores não-estatais podem interagir (JAUREGUI, 2000).

A concepção de soberania, assim, evolui para admitir os influxos advêm do exterior, tanto normativos quanto jurisprudenciais, em decorrência das transformações constitucionais contemporâneas promotoras dessa

abertura e do impacto que promove o direito internacional dos direitos humanos nas ordens internas dos Estados (KOTZUR, 2003).

A internacionalização de direitos reinaugura um “sistema de leis para um conjunto de povos” (HABERMAS, 1995, p. 28), existindo um processo de internacionalização que estabelece novos paradigmas para o pensamento do próprio Direito Interno, com uma influência que não pode ser ignorada pelos Estados e indivíduos, sob pena de subtrair direitos (MENEZES, 2007, p. 143).

Ao se tornarem o núcleo-chave do direito pós-moderno, as normas de um Estado devem ser interpretadas “conforme” as normas de direitos humanos ratificadas e em vigor, a fim de conferirem a melhor solução para o direito de uma pessoa (MAZZUOLI, 2019).

Nessa perspectiva, impende-se que as tratativas internacionais ratificadas sejam observadas pelo Estado Brasileiro, já que, se tratadas pela comunidade internacional, influenciam o ordenamento doméstico.

Acerca da temática, importante destacar que a Constituição Federal preleciona que o rol de princípios e garantias nele insculpidos “não exclui aqueles decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (1988, art. 5º, § 2º). Não obstante, considerando que a Carta Magna também prevê que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (1988, art. 5º, §3º), houve várias controvérsias acerca da natureza infraconstitucional dos tratados de direitos humanos, considerando que antes da EC 45/2004, os tratados de direitos humanos eram aprovados por maioria simples (MAZZUOLI, 2019).

A tese de equiparação dos tratados à legislação infraconstitucional a qual adere o STF representa, para Cançado Trindade, um “apego sem reflexão a uma postura anacrônica” (1997, p. 623) e demonstra a compreensão de que a Carta Magna como expressão máxima da soberania nacional está acima de qualquer tratado ou convenção (MAZZUOLI, 2000).

No entanto, a assunção de compromissos internacionais pelos Estados restringe-lhes a soberania, o que representa uma tendência do constitucionalismo contemporâneo (MAZZUOLI, 2000) de modo que a

soberania passa a encontrar seus limites nos direitos individuais, na existência de outros Estados soberanos, na ordem internacional, não sendo, assim, ilimitada (GRAGA, apud MAZZUOLI, 2000). Desse modo, uma concepção que ignore essa restrição, sobrepondo as normas internas àquelas fixadas e aderidas no plano internacional, manifesta uma concepção soberanista e que ignora os direitos individuais como processos de lutas contra a absolutização dos Estados.

Com o advento do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, os juízes nacionais dos Estados sujeitos à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos tornam-se guardiões da Constituição e dos compromissos assumidos nos Tratados internacionais. Ao negar que os direitos reconhecidos nos tratados integram o bloco de constitucionalidade, o STF avoca um poder que desconhece limites externos.

Independentemente do status formal dos tratados internacionais de direitos humanos, a saber se aprovados por maioria qualificada (1988, art. 5º, par. 3º), para Mazzuoli, tecnicamente, todos os tratados de direitos humanos possuem índole e o nível constitucional por força do § 2º do mesmo dispositivo (MAZZUOLI, 2019, p. 184) e, mormente, considerando o conteúdo dos direitos como necessariamente matéria constitucional (CANOTILHO, 1993).

Destaca-se como marco internacional do reconhecimento internacional dos direitos humanos, dentre os quais a proteção aos indivíduos em situação de mobilidade, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prevê que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.” (art. 1º); “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (art. 3º); “Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.” (art. 6º) e “Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio e a esse regressar.” (art. 13).

Em geral, o Direito Internacional da Mobilidade Humana assegura o direito de sair, o direito de buscar asilo e, sob certas circunstâncias, de permanecer no território do Estado de acolhida (RAMOS, 2020, p. 69).

No tocante aos tratados de direitos humanos, tais como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e



Políticos, ratificados pelo Brasil, verificam-se que estes, apesar de não obrigarem o ingresso, afirmam o direito do ser humano em face da sua dignidade (1969, art. 11; 1992) e, principalmente, garantem o princípio da presunção da inocência (1969, art. 8º, 2; 1992, art. 14, 2) a toda pessoa, independentemente de sua nacionalidade.

Com a adesão do Estado Brasileiro ao Sistema Regional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos em 1992, o Brasil comprometeu-se internacionalmente a promover e a proteger os direitos humanos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, além de outros instrumentos em que, expressamente, se submeteu.

No âmbito dessas regras de direito internacional, verificam-se que as fontes, ou os meios pelos quais se formam ou se estabelecem as normas jurídicas (STOLZE e PAMPLONA, 2012, p. 63 apud SILVA, 2016) foram elencadas pelo Corte Internacional de Justiça, no bojo do artigo 38 do respectivo, consoante o qual:

“1. A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias que sejam submetidas, deverão aplicar: 2. As convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; 3. O costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito; 4. Os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas; 5. As decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar (...) 6. A presente disposição não restringe a faculdade da Corte para decidir um litígio ex aequo et bono, se convier às partes”.

Conforme se depreende do documento assinalado, os princípios gerais do direito são considerados fonte do direito internacional, podendo ser definidos como proposições centrais de um sistema que permitem a compreensão do modo de organização deste (SUNDFELD, 1995, p. 18).

Um desses princípios que regem o Direito Internacional é o da prevalência dos direitos humanos, por sua vez reconhecido pela Constituição Federal (1988, art. 4º, II), a qual prevê expressamente, a incidência deste como orientador nas relações internacionais do país.

Tal postulado vincula o intérprete constitucional ao seu mandato normativo-interpretativo que determina a prevalência das normas provenientes dos tratados de Direitos Humanos na interpretação das normas constitucionais

(CARLESSO, 2019, p. 342): o denominado controle de convencionalidade. Assim, as leis domésticas de um Estado sofrem um influxo com base no fixado no direito internacional (CARLESSO, 2019), havendo um diálogo entre as instâncias nacional e internacional, senão veja-se o que dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil:

Art. 29 – Normas de interpretação. **Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:** a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, **suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;** b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes, ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. (Grifo Nosso)

Dessa forma, verifica-se que a interpretação dos direitos fundamentais sofre impacto, destacando-se o princípio da prevalência dos direitos humanos como um princípio que orienta a ação exegética dos intérpretes constitucionais, servindo como instrumento para definir o sentido e alcance dos direitos no espaço que compartilham ambos os sistemas em interação e interdependência (CARLESSO, 2019, p. 346).

O princípio da prevalência dos direitos humanos conecta, assim, as ordens jurídicas nacional e internacional, orientando a atualização da Constituição mediante o reenvio interpretativo aos instrumentos internacionais de direitos humanos, constituindo “um elemento de garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos porque lhes assegura a observância da normatividade mínima internacional (CARLESSO, 2019, p. 346).

Resta evidente que, em decorrência do princípio da prevalência dos direitos humanos, o direito de sair de um território, conjugado com o direito à liberdade e de ser tratado como ser humano independentemente do lugar em que se encontra, implica em que mesmo na zona de fronteira, as normas não podem se dar no sentido de subtrair direitos dos não nacionais, sob pena de ofensa ao texto constitucional (art. 4º, II).

Portanto, em relação às pessoas em trânsito que estejam sendo acusadas do cometimento de crimes, o trânsito em julgado de sentença penal

condenatória deve ser reconhecido por ser mais favorável à pessoa, independentemente de constar literalmente no caput do artigo 5º para os estrangeiros não residentes, o que implica na impossibilidade de cominação de restrições ao direito fundamental à presunção da inocência em nome da soberania, já que esta também se submete ao plano internacional e aos tratados assumidos pelo país.

A orientação pelo princípio da prevalência dos direitos humanos decorre de uma postura garantista em face da realidade constitucional, compelindo o intérprete a também observar os parâmetros estabelecidos pelos organismos internacionais de proteção (CARLESSO, 2019, p. 347).

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais devem ser lidos de forma conjugada e coordenada com os direitos humanos dispostos nos tratados internacionais, o que supera o conceito rígido de soberania, senão veja-se em Carlesso (2019, p. 345):

“As transformações pelas quais passaram as Constituições contemporâneas com a introdução de cláusulas ou princípios de abertura ao exterior, a superação do conceito rígido de soberania com a formação de ordenamentos e instituições baseadas em valores e princípios comuns – entre os quais a necessidade de proteção e salvaguarda dos direitos da pessoa humana – e a instituição em seu seio de órgãos com competência para interpretar e aplicar as disposições dos tratados com seu trabalho hermenêutico evolutivo, os câmbios produzidos a partir da consideração de que a proteção dos direitos humanos subsiste como princípio geral de direito internacional ou a tomada em consideração de que o direito internacional dos direitos humanos reflete uma ordem mínima e subsidiária aos sistemas nacionais, cujo acesso é garantido à pessoa a partir do resgate de sua capacidade jurídica internacional, entre outros fatores, vêm influenciando de forma importante nas jurisdições constitucionais quando se trata de definir o sentido e alcance dos direitos fundamentais”

...

1. Destaca-se, nesse proceder, o princípio da interpretação dos direitos fundamentais em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos, que permite remeter o intérprete nacional e internalizar os standards normativos e jurisprudenciais que refletem o direito mínimo internacional interpretado”.

Tal postulado é argumento utilizado por Sarlet nessa discussão: acerca da incidência ou não das garantias fundamentais aos estrangeiros não residentes no país, considerando-se a omissão literal do texto constitucional à referência expressa dos estrangeiros não residentes, no caput do artigo 5º. Para o autor, tais direitos são estendidos aos estrangeiros não residentes

diante da negativa desses direitos implicar na ofensa ao art. 4º, II da Constituição, consoante o qual o Brasil, no plano das relações internacionais, rege-se pela prevalência dos direitos humanos; por força do princípio da universalidade combinado com o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, argumenta que a Constituição Federal faz várias referências a dispositivos que permitem um alargamento do conteúdo normativo que contemple tal categoria, tal como o inciso III do artigo 5º, que preconiza que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante; em função da previsão do par. 2º do artigo 5º, que faz referência aos direitos previstos nos tratados dos quais o Brasil faça parte (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012).

Dessa forma, o princípio da prevalência dos direitos humanos no âmbito das relações internacionais (1988, art. 4º, II) e a adesão do país à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, consoante a qual “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa (art. 8º), implicam na interpretação que mais favoreça o direito daquele que se encontra em trânsito entre os países, a saber, a que exige o trânsito em julgado para a configuração da culpa.

Abordada a soberania no plano internacional, impende-se o estudo do desdobramento relativo à cidadania, o que se passa a expor.

### **1.3 Da cidadania e o ingresso**

Conforme García Delgado e Nosseto, cidadania significa pertença, identidade e direitos em relação a uma determinada comunidade política (GARCÍA DELGADO; NOSETTO, 2004).

Tal atributo pode ter efeitos jurídicos diferentes a depender da compreensão do Estado e de sua função. A definição clássica do Estado qualifica-o como o ente jurídico, sujeito de direitos e deveres no âmbito internacional, formado por uma comunidade de indivíduos, estabelecidos de maneira permanente em um território determinado, sob a autoridade de um governo independente e com a finalidade precípua de zelar pelo bem daqueles que o habitam (MAZZUOLI, 2020, p. 483).

Vê-se que tal definição vincula a concepção do estabelecimento permanente dos indivíduos em um dado território como condição para a existência do Estado. Assim, tal conceito aponta para uma inclinação da concepção da modernidade, que compreende a cidadania como atrelada à nacionalidade<sup>7</sup> (REIS, 2004, p. 155).

Em relação ao ingresso, a depender da extensão da cidadania, verificam-se efeitos relacionados à manifestação da força do Estado, a partir do controle das fronteiras, já que a restrição à mobilidade das pessoas entre os países do globo evidencia o monopólio do uso da força pelos Estados (REIS, 2004, p. 150), conforme apontado por Torpey:

(...) os Estados modernos e o sistema internacional de Estados do qual eles são parte expropriaram do indivíduo e das entidades privadas, particularmente, mas de maneira nenhuma exclusivamente, os meios legítimos de movimentos através das fronteiras internacionais (Torpey, 2000, p. 4 apud REIS, 2004, p. 150).

Tal restrição tem relação direta com a conceituação de cidadania na medida em que reconhecer a comunidade política como apenas aquela adstrita em um território definido, implicam-se em mecanismos que visem ao controle entre as fronteiras.

Não obstante, as limitações ao ingresso são uma forma de controle do Estado sobre a própria identidade do indivíduo. É o que conclui Rossana Reis (2004, p. 154), para quem “(...) além de deterem o monopólio sobre a mobilidade, os Estados também detêm o controle sobre a própria identidade do indivíduo, sua nacionalidade”

Trata-se do paradigma do Estado-nação, caracterizado pelo nacionalismo, que, nas palavras de Habermas:

ela projeta a nação como uma entidade imaginária já desenvolvida e que, em contraste com uma ordem artificial criada por uma legislação produzida, se apresenta como um fato natural, prescindindo de qualquer outra justificativa além de sua própria existência” (HABERMAS, 1995, p. 98)

---

<sup>7</sup> Embora reconheça que os direitos humanos são universais, prelecionando que “são titulares dos direitos humanos todas as pessoas, bastando a condição de ser pessoa para se poder invocar a proteção desses direitos” (MAZZUOLI, 2020, p. 30) e, ainda, mencione que “os direitos fundamentais podem ser vindicados, indistintamente por todos os cidadãos do planeta e em quaisquer condições, bastando ocorrer a violação de um direito seu reconhecido em norma internacional pelo Estado em cuja jurisdição se encontre” (MAZZUOLI, 2020, p. 28); verifica-se, na opinião desta que subscreve, uma forte característica da concepção moderna de cidadania do Estado-Nação como forma de organizar o mundo.

Para Rossana Rocha Reis (2004, p. 155), a generalização do Estado-nação como a forma de organizar politicamente o mundo, própria da modernidade, implica em que a cidadania passa a ser atribuída em função da nacionalidade e, dentre outras consequências desse entendimento, está que o acesso aos direitos de cidadania está condicionado à posse da nacionalidade.

A cidadania é definida como a qualidade dos indivíduos que, enquanto membros de um Estado-Nação, são titulares e destinatários de direitos e deveres universais e, nesse sentido, detentores de um nível específico de igualdade (NABAIS, 2007, p. 143). Assim, verificam-se três elementos constitutivos de tal situação jurídica: a titularidade de um determinado número de direitos e deveres em uma sociedade específica; a pertença a uma determinada comunidade política em geral vinculada à nacionalidade, e a possibilidade de contribuir para a vida pública dessa comunidade por meio da participação (NABAIS, 2007, p. 143).

Para Habermas (1995), tal pensamento é capaz de encobrir as contingências da formação das fronteiras do Estado, já que há um senso de “legitimidade herdada” próprio do nacionalismo.

No entanto, conforme visto no item anterior, se o conceito de soberania foi ampliado com o reconhecimento da submissão a ordem internacional, reflexamente a cidadania também incorre em ampliação. Para Nabais, o conceito de cidadania comporta desdobramentos diversos, dentre os quais o da cidadania internacional ou universal “se e na medida em que a Comunidade Internacional reconheça um estatuto de cidadão, em sede de direitos e deveres fundamentais, a todos os homens” (NABAIS, 2007, p. 146). Nesse sentido, as pessoas, para além de cidadãos de um determinado país, são, de algum modo, até cidadãos do mundo (NABAIS, 2007, p. 146).

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como maior prova histórica até hoje dada do *consensum omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores (BOBBIO, 1992, p. 27), além de outros documentos no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, demonstram como o vínculo de pertencimento tem ultrapassado fronteiras.

Diante do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do contexto globalizatório, caracterizado pela crescente interação dos países do globo,

impede uma integração entre as fronteiras que considerem as diferenças existentes entre os países e, nesse sentido, que dê sentido a um exercício de cidadania que, para além dos limites físicos, convoca a uma reflexão crítica sobre o alcance dos direitos humanos, sendo, para isso, fundamental que se repense o papel do Estado a partir das suas fronteiras (BORGES, BRASIL, 2019, p. 161)

Considerando a intensificação dos fluxos migratórios, faz-se necessário que o conceito de cidadania seja revisitado, de modo que os sujeitos e não os territórios devam ser os centros de análise e proteção (PEDRA, 2017) também nos marcos constitucionais dos Estados, em consonância com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Nabais destaca as dimensões que a cidadania comporta: a pessoal, traduzida nos direitos e liberdades pessoais; a política, traduzida no direito de participação política e a social, consubstanciada nos direitos e deveres econômicos sociais e culturais (NABAIS, 2007, p. 148). Para o autor, a cidadania pessoal se pauta, via de regra, pelo princípio da “equiparação aos nacionais dos estrangeiros e apátridas, enquanto as demais regem-se pelo princípio da exclusividade” (NABAIS, 2007, p. 148).

Assim, atrelar o pertencimento à qualidade intrínseca e universal inerente ao ser humano não significa dispensar as demais características que integram tal conceito, mas, sim, proceder à uma interpretação que promova os direitos humanos. Do contrário, excluir o vínculo com da cidadania pela não nacionalidade importa em uma visão soberanista que desconsidera os limites dos direitos enquanto resultado de lutas.

Nesse sentido, posiciona-se José Casalta Nabais (2017) que a concepção da cidadania como a aplicação da igualdade aos titulares de direitos e deveres enquanto membros de um Estado-Nação é utópica. Diz-se isso, pois, há de se considerar as inúmeras dimensões que a cidadania comporta. Verifica-se que identificar a nacionalidade como pressuposto para a cidadania afronta a universalidade dos direitos humanos, que são atribuídos ao homem pelo fato de ser pessoa, indistintamente e independentemente de elementos extrínsecos como a nacionalidade (FERRAJOLI, 2011). Ainda, fere-se também o princípio da dignidade da pessoa humana, posto que condicionar a fruição

dos direitos à nacionalidade é o mesmo que reputar como menos dignos os estrangeiros.

Para Nabais, os estados acolhedores dos estrangeiros conferem uma extensão parcial de cidadania que se revela uma posição expansiva e amiga dos direitos e liberdades fundamentais. Segundo o autor, a cidadania comporta uma dimensão solidária, na qual há um empenho estadual e social de permanente inclusão de todos os membros na comunidade. Nesse contexto, dado o fenômeno da globalização proporcionar a livre circulação de mercadorias, impende-se conferir mais ainda, direitos às pessoas, mormente o da liberdade de locomoção a esses sujeitos de direitos considerados como tais em virtude de serem pessoas.

Para coibir violações que não reconheçam o elemento pessoal da cidadania e, principalmente, promover e garantir os direitos de cidadania, fundamentais e humanos, mister a atuação do Estado, por meio de políticas públicas que garantam, a participação democrática dos países na construção das interações econômicas. Estas, no âmbito da Teoria do Direito, podem ser definidas como “(...) um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado (...) unificada pela sua finalidade” (COMPARATO, 1997, p. 45), tendo em vista que a política migratória pode ser definida como “o conjunto de medidas adotadas por determinado Estado para controlar o fluxo de pessoas por meio de suas fronteiras, bem como a permanência dos estrangeiros em seu território” (MORAES, 2016, p. 34).

Tal compreensão é de fundamental importância para o estudo da problemática proposta, já que a depender do objetivo da política pelo Estado, o que muito decorre do conceito de cidadania adotado, este pode manifestar o seu discurso com base em uma ideologia discriminatória com base em critérios sobre os quais as pessoas não manifestaram escolha: o local do seu nascimento.

André Siciliano salienta que as diretrizes que orientam o recebimento de não nacionais em um país, dada a soberania dos Estados, estão diretamente relacionadas ao interesse estatal do momento (SICILIANO, 2012, p. 5 apud MORAES, 2016, p. 34), ressaltando que, para além do aspecto negativo de autoridade coatora das pessoas sobre um espaço, o Estado detém outro viés de extrema importância, que é o da proteção e amparo ao indivíduo.



Impende-se que a soberania dos Estados se dê em consonância com a função do Estado de garantir o acesso a direitos rumo à dignidade e à justiça, de modo universal e, portanto, independentemente da nacionalidade (FLORES, 2009; FERRAJOLI, 2012).

Marshall (1976) define a cidadania global não como um status subjetivo incorporado à personalidade, mas como pressuposto de todos os direitos fundamentais, inclusive aqueles da pessoa, que em todos os ordenamentos evoluídos não dizem respeito aos sujeitos enquanto cidadãos, mas unicamente enquanto pessoas (FERRAJOLI, 2011, posição 321). Assim, a cidadania substitui a igualdade como categoria basilar da teoria da justiça e da democracia, ao ser a qualidade de pessoa e a titularidade universal dos direitos solenemente reconhecida, inclusive pela comunidade internacional, a partir da Declaração Universal de 1948, a todas as pessoas do planeta. Nesse sentido, também aponta Soysal (1998 p. 194, apud REIS, 2004, p. 28):

"Os direitos e demandas dos indivíduos são legitimados por ideologias baseadas na comunidade transnacional, através de códigos e convenções internacionais, e leis de direitos humanos, independentes das suas cidadanias em um Estado-nação. Logo o indivíduo transcende o cidadão. Essa é a forma mais elementar segundo a qual o modelo pós-nacional difere do modelo nacional" (Soysal, 1998, p. 194, *apud* Reis, 2004, p. 28).

Ferrajoli (2011) aponta que a internacionalização dos direitos, a partir da celebração de convenções e cartas internacionais sobre direitos humanos, os direitos positivados no marco constitucional dos Estados não são apenas "fundamentais" somente no interior dos Estados, mas são, direitos supraestatais, aos quais o Estado está subordinado e vinculado também no nível de direito internacional.

Nesse sentido, tais direitos não são direitos de cidadania, mas "direitos das pessoas independentemente das suas cidadanias" (FERRAJOLI, 2011, posição 558). Ferrajoli (2011, posição 567) já apontava, na época de sua escrita, para o crescente movimento dos países mais ricos em deformar o conceito de cidadania, quando ameaçados pelo fenômeno das imigrações em massa, negando a universalidade dos direitos independentemente do fato de que todos os direitos, exceto os políticos e alguns sociais, são atribuídos pelos

direitos positivo, nacional e internacional, não somente aos cidadãos, mas a todas as pessoas.

Para Ferrajoli (2011, posição 589), a crise do Estado nacional e da soberania estatal, aos quais a cidadania é conexas, torna menos legítimo declinar dos direitos fundamentais em termos estatalísticos, sendo a soberania dos países mais fortes, deslocada, juntamente aos limites a esta impostos pelos regramentos de direitos em sede supranacional (FERRAJOLI, 2011, posição 590).

O autor adentra no tema específico das migrações e cidadania quando aponta a aproximação de “uma integração mundial que dependerá do direito, se este se desenvolver vinculado à opressão e à violência ou, ao contrário, à democracia e à igualdade” (FERRAJOLI, 2011, posição 593). Nesse caso, para o autor, a democracia corre o risco de fundar uma ideia regressiva e ilusória da democracia em apenas um país em vez da democracia como expansão de direitos (FERRAJOLI, 2011, posição 595).

Em consonância com Herrera Flores (2009), Ferrajoli (2011) aponta que os direitos foram universais somente em palavra, o que se deve ao modelo adotado de democracia, alertando que a diferenciação terminológica entre cidadão e pessoa não existia na época da Declaração Universal e, ainda, nos tempos de Marshall, época em que os países ainda não eram ameaçados pela pressão migratória (FERRAJOLI, 2011, posição 602). Aponta ainda que a antinomia entre igualdade e cidadania, universalismo dos direitos e seus limites estatais, em um tempo caracterizado pelos processos de integração, interdependência e pressões migratórias, só pode ser resolvida com a “superação da cidadania e definitiva desnacionalização dos direitos fundamentais e a correlativa desestatização das nacionalidades” (FERRAJOLI, 2011, posição 607).

Para tanto, Ferrajoli (2011, posição 610) aponta a importância da filosofia política promover a conscientização da “crise irreversível das velhas categorias da cidadania e da soberania” e ainda qualifica o direito de asilo como um “frágil remédio de qualidade discriminatória”. Para Ferrajoli (2011, posição 612), esse direito possui um vício de origem, já que representa a outra face da soberania e da cidadania: do limite estatal imposto aos direitos fundamentais. Ao prever a possibilidade de asilo apenas aos direitos políticos e

aos de liberdade negativa, excluindo imigrações por razões econômicas, as constituições provocavam uma diferenciação entre as pessoas (FERRAJOLI, 2011).

Tais pressupostos foram alterados quando as constituições e cartas internacionais de direitos passaram a incorporar aos direitos de liberdade negativa vários direitos humanos positivos relacionados não somente à liberdade e à vida, mas à subsistência e sobrevivência, “desancorando-os da cidadania e fazendo também do seu uso a base da moderna igualdade *em droit* e da dignidade da pessoa humana” (FERRAJOLI, 2011, posição 622).

No entanto, ainda prevalece a tese restritiva e a formação de uma identidade regressiva cimentada pela aversão ao diferente e por aquilo que Habermas (1992, p. 136) chamou de *sciovinismo Del benessere*.

Para Ferrajoli (2011), existe um nexos entre igualdade e democracia e, inversamente, entre desigualdade e racismo: assim como a igualdade dos direitos gera o sentido da igualdade baseada no respeito ao outro como igual, a desigualdade nos direitos gera a imagem do outro como desigual, ou seja, inferior antropologicamente porque inferior juridicamente (FERRAJOLI, 2011, posição 628). Isso significa que ao estrangeiro que é negado determinado direito conferido ao nacional é o mesmo que considerá-lo inferior ao nacional.

Dessa forma, é possível concluir que o paradigma da cidadania no Estado-Nação é incompatível com a dignidade da pessoa humana e, nesse sentido, com a prevalência dos direitos humanos induzindo à consideração do desigual como inferior.

Nesse ínterim, urge adiantar em linhas gerais o paradigma da democracia substancial de Ferrajoli, com o fim de proceder à correlação Estado democrático de Direito e cidadania, que o presente subitem visa tratar. Para o autor, a democracia não se trata apenas das regras que incidem um determinado sistema político e que asseguram a onipotência da maioria: “nenhuma maioria política pode dispor da liberdade e dos outros direitos fundamentais: decidir que uma pessoa seja condenada sem prova, ou privada da liberdade pessoal (...)” (FERRAJOLI, 2011, posição 474).

Disso, advém que a democracia é substancial, posto que relativa não à forma (a quem e como), mas à substância ou conteúdo (ao que coisa) das decisões (ou seja, ao que não é lícito decidir ou não decidir) (FERRAJOLI,

2011, posição 478), do fato de que os direitos fundamentais representam “não uma autolimitação sempre revogável pelo poder soberano, mas, ao contrário, um sistema de limites e de vínculos a este supraordenado; não “direitos do Estado” ou “para o Estado” ou no “interesse do Estado” (...) mas direitos em direção a , e se necessário, contra o Estado, ou seja, contra os poderes públicos, sejam eles democráticos ou de maioria. (...) (FERRAJOLI, 2011, posição 510); o fato de que são titulares da parte substancial da constituição todos os sujeitos cujos direitos fundamentais são com elas atribuídos, do que decorre a não modificabilidade dessas normas, nem pela maioria (FERRAJOLI, 2011, posição 514).

Nesse sentido, interpreta-se que ao se limitar o número de destinatários das normas fundamentais ao marco constitucional de um Estado, além de proceder à uma restrição que é incompatível com a prevalência dos direitos humanos e com a dignidade da pessoa humana como atributo universal, incorre-se em uma absolutização do poder em termos de uma democracia formal, e não substancial. Quanto mais restrita a incidência dos direitos fundamentais decorrente da concepção menos favorável aos direitos humanos, menor é a limitação do Estado, maior é a concentração do poder, o que remete ao absolutismo na forma pós-moderna. Por outro lado, a noção de cidadania global, compatibilizada com os direitos fundamentais como fragmentos universais da soberania (FERRAJOLI, 2011), remete à democratização dos direitos humanos.

Nesse íterim, passadas as noções sobre soberania e cidadania, impende-se a análise do princípio da legalidade como limitador do Estado Democrático de Direito.

#### **1.4 O ingresso e o princípio da legalidade no Estado Democrático de Direito**

Discorridos os desdobramentos relativos à cidadania e à soberania, mister a análise do princípio da legalidade no Estado Democrático de Direito, que, conforme ressalta o eminente Prof. José Afonso da Silva impõe a “subordinação do Estado ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais” (SILVA, 2005, p. 23).

Assim, não se trata de uma limitação ao conceito legal, mas de estar em condições de realizar, mediante a lei, intervenções concretas na sociedade, exercendo o direito uma função transformadora da sociedade (SILVA, 2005, p. 23). Nessa perspectiva, “no Estado Democrático de Direito, as leis são criadas pelo povo e para o povo, respeitando-se a dignidade da pessoa humana” (LEITE, apud MUNDO EDUCAÇÃO [s.d.]), um dos fundamentos da República (1988, art. 1º, III). Verifica-se que, assim, a compreensão do Estado Democrático de Direito envolve as seguintes dimensões: limites à ação estatal, legitimidade do povo e a ações positivas que visem à transformação da sociedade.

Daí a necessidade da correlação com as noções já apresentadas sobre soberania e cidadania, sendo a legalidade a materialização dos limites que estes desdobramentos devem obedecer e, mais especificamente neste item, no que se refere ao ato administrativo do impedimento de ingresso.

Considerando a concepção do direito como resultado de lutas, que provoca a alteração das ideologias estatais, o Estado Democrático de Direito traduz-se como a garantia do indivíduo contra subjetivismos que, em vez de proporcionarem a satisfação dos interesses das pessoas, provoquem a ofensa da dignidade da pessoa humana.

Interpreta-se que o estudo dos elementos essenciais do Estado Democrático, considerando os processos históricos de construção ou desconstrução de direitos, são importantes indicadores para a verificação de uma ideologia passada, o que integra o problema investigado por esta pesquisa. Há uma razão histórica necessária para a limitação ao subjetivismo da autoridade migratória que não pode ser ignorada, sob pena de provocar uma desconstrução de direitos. (FLORES, 2009)

Assim, importante delimitar a relação identificada entre o impedimento de ingresso e o estudo dos elementos do Estado Democrático, qual seja a investigação da discricionariedade da autoridade migratória como subjetivismo que se mostra incompatível com a democratização do Estado, antes, remetendo às características passadas deste.

Acerca da discricionariedade, esta pode ser definida como o instituto jurídico afeto à técnica legislativa resultante da inconveniência e inviabilidade de apenas um diploma prever todas as situações concretas. Inviabilidade tendo

em vista quando os fatores que se contextualizam com a realidade são conhecidos de forma eficaz apenas pelos efetivos operadores das normas jurídicas. Inconveniência, pois, a definição detalhada dos aspectos procedimentais na lei em sentido formal poderia ocasionar o engessamento e ao descompasso com a realidade que o direito visa tratar (VIEIRA, 2001, p. 104).

Nesse ínterim, a discricionariedade está relacionada às várias opções existentes na norma jurídica à autoridade administrativa, que se valerá da conveniência e oportunidade, que integram o mérito administrativo, aquele afeto à análise do interesse público no caso concreto, aferido no âmbito da função executiva; a partir da interpretação, por meio da qual se extrai o comando de uma norma. Assim, em havendo uma margem de alternativas para a autoridade administrativa, o ato é considerado discricionário; enquanto se houver uma determinação imperativa sem qualquer opção, o ato é considerado vinculado (FRANCISCO, 2009, p. 235). No entanto, mesmo a conveniência e oportunidade encontra limites, o que será tratado logo mais adiante.

Primeiro, cabe a análise da correlação entre a origem da discricionariedade e o conceito de Estado Polícia, que por sua vez, pode ser definido como o modelo de organização em que o “governante, embora não governando em nome próprio, mas em nome do Estado, exerce o poder em conformidade com aquilo que ele considera de interesse do Estado e dos súditos” (SILVA JÚNIOR, 2008).

Tal prerrogativa tem origem no direito administrativo alemão, no período da monarquia absolutista, na qual havia um espectro de livre atuação estatal em que não poderia haver qualquer interferência na atividade estatal (MASTRODI e COSTA, 2015, p. 168).

Com o advento dos ideais liberais, dentre os quais a limitação do poderio à lei, no fim do século XVIII, passou a existir uma diferenciação entre as atividades da Administração, vinculadas a tais normas, e de governo, sendo

(i) aquelas não proibidas pelas normas; (ii) aquelas em que o próprio legislador atribuía ao governante a escolha envolvendo opções determinadas; ou (iii) aquelas normas que empregavam os conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, palavras, expressões e vocábulos que não têm sentido preciso ou significado exato, que são delimitados caso a caso (MASTRODI e COSTA, 2015, p. 168).

Havia um consenso na doutrina alemã sobre a inexistência de limites à atividade discricionária o que possibilitava o controle externo pelo Judiciário (MASTRODI e COSTA, 2015, 169). Com o advento do Estado Social, no fim do século XIX, o paradigma da limitação à lei passou a ser integrado também da necessidade de efetivação dos direitos sociais dos cidadãos (DI PIETRO, 2001, p. 102-103), tendo sido crescente a elaboração de leis no sentido de vincular a atuação estatal (MASTRODI e COSTA, 2015, p. 169). Não obstante, diante da impossibilidade das normas preverem a totalidade das condutas para o atendimento aos interesses sociais, os conceitos jurídicos indeterminados destacaram-se como referência a uma significação importando na possibilidade do administrador decidir e delimitar a extensão quando da aplicação da norma ao caso concreto e, ainda, na mutabilidade, podendo variar no tempo e no espaço, de acordo com os valores de cada grupo social (DI PIETRO, 2001, p. 102-103). Gradativamente a noção do conceito jurídico indeterminado foi sendo reconhecida, a partir de critérios que deveriam respeitar a legalidade (DI PIETRO, 2001, p. 108).

No Brasil, também se verificou a redução da discricionariedade com o Estado de Direito (BARCELOS, ARAÚJO, 2013, p. 2). Para além deste, a República Federativa é constituída em Estado Democrático de Direito, o qual, também para além da legalidade subordina-se à legitimidade, “entendida como a consonância do comportamento administrativo às lícitas aspirações sociais” (BARCELOS, ARAÚJO, 2013, p. 2).

Disso decorre que a discricionariedade deve se dar em consonância com os parâmetros e vetores do Estado Democrático de Direito, sendo a legitimidade alcançada apenas com a sua democratização (BARCELOS, ARAÚJO, 2013, p. 2).

Tal tema é importante para o estudo proposto, no sentido de investigar se o conceito de “princípios e objetivos” utilizado na Lei de Migrações, e “razões sérias que indiquem o envolvimento”, na Portaria que visa regulamentá-lo, comportaria juízo valorativo pela autoridade migratória que justificaria a edição de um ato como fim de conceituar materialmente as definições abstratas previstas em lei e no sentido de investigar se tal

característica se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito ou, do contrário, representa um legado do Estado Polícia.

A discricionariedade prevista na lei pode ser configurada com a previsão expressa das alternativas existentes; ou de modo implícito, quando se referir a temas de alta tecnicidade e situações dinâmicas; ou, ainda, por meio do emprego dos conceitos jurídicos indeterminados, os quais definem os *standarts* para os atos a serem praticados (RIVERO e WALINE, 2000 apud Francisco, 2009, p. 326).

Acerca dos conceitos jurídicos indeterminados estes nem sempre permitirão alternativas, não sendo confundidos como sinônimo de discricionariedade. (FRANCISCO, 2009, p. 329). Isso porque podem transmitir conceitos de valor, técnicos ou de experiência. No entanto, “não representam um cheque em branco entregue ao titular da função pública, seja pela limitação que o sentido do conceito tem, seja por todo o ordenamento que limita a ação pública” (FRANCISCO, 2009, p. 330). José Francisco destaca, ainda, que os conceitos jurídicos indeterminados compreendem noções formadas pelo processo histórico e que nos trazem sentidos claros, embora exijam análise em cada caso concreto(...)” (FRANCISCO, 2009, p. 330). Tal entendimento se alinha com o problema desta pesquisa no tocante à investigação de um legado de criminalização, considerando a análise da restrição de direitos pelos discursos manifestos no bojo da política migratória brasileira.

Sobre as diferentes ideias que os conceitos jurídicos indeterminados podem transmitir, estão os conceitos que transmitem ideias de valor (FRANCISCO, 2009, p. 331) e que demandam a análise da Administração Pública de acordo com critérios hierarquicamente superiores.

Nesse sentido, a discricionariedade é sempre limitada à lei e à Constituição, não sendo irrestrita ou arbitrária, motivo pelo qual o Judiciário exerce o controle desses atos (FRANCISCO, 2009, 326) e em relação ao ato administrativo é encontrada no conteúdo ou no motivo “a legalidade constitui o limite único à discricionariedade administrativa” (DI PIETRO, 1991, p. 94).

Em se tratando de regulamentos, estes devem ser fiéis, primeiramente, à ordem constitucional, devendo se orientar por todos os princípios, fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito (FRANCISCO, 2009, p. 344).



Os padrões a serem utilizados pelo titular da função regulamentar no que se refere à lei omissa em algum aspecto são aqueles positivados no ordenamento jurídico brasileiro (FRANCISCO, 2009, p. 346), sendo vedado o regulamento nas hipóteses sujeitas à reserva absoluta da lei, caso em que se inserem os direitos e garantias individuais (MEIRELLES, 1990, p. 124):

os vazios da lei e a imprevisibilidade de certos fatos e circunstâncias que surgem, a reclamar providências imediatas da Administração, impõe que se reconheça ao Chefe do Poder Executivo o poder de “regulamentar”, através de decreto, as normas legislativas incompletas, ou prover situações não previstas pelo legislador, mas ocorrentes na prática administrativa. **O essencial é que o Executivo, ao expedir regulamento – autônomo ou de execução da lei, não invada as chamadas “reservas da lei”, ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, e tais são, em princípio, as que afetam as garantias e os direitos assegurados pela Constituição** (art. 5º).(Grifo Nosso)

Dessa forma, verifica-se que os atos regulamentares estão limitados aos direitos e garantias assegurados na Constituição, demonstrando o controle de conteúdo enfatizado por Ferrajoli (2001). Assim, eventuais juízos de valor efetuados pela autoridade pública acerca de temas para os quais a Lei reservou opções devem respeitar os direitos e garantias fundamentais.

Para Ferrajoli (2011), a democracia não se trata apenas das regras que incidem um determinado sistema político e que asseguram a onipotência da maioria, mas também é caracterizada pelos limites impostos à ação estatal “nenhuma maioria política pode dispor da liberdade e dos outros direitos fundamentais: decidir que uma pessoa seja condenada sem prova, ou privada da liberdade pessoal (...)” (FERRAJOLI, 2011, posição 474).

Disso, advém que a democracia é substancial, posto que relativa não à forma (a quem e como), mas à substância ou conteúdo (ao que coisa) das decisões (ou seja, ao que não é lícito decidir ou não decidir) (FERRAJOLI, 2011, posição 478) do fato de que os direitos fundamentais representam “não uma autolimitação sempre revogável pelo poder soberano, mas, ao contrário, um sistema de limites e de vínculos a este supraordenado; não “direitos do Estado” ou “para o Estado” ou no “interesse do Estado” (...) mas direitos em direção a , e se necessário, contra o Estado, ou seja, contra os poderes públicos, sejam eles democráticos ou de maioria. (...)” (FERRAJOLI, 2011, posição 511); o fato de que são titulares da parte substancial da constituição

todos os sujeitos cujos direitos fundamentais são com elas atribuídos, do que decorre a não modificabilidade dessas normas, nem pela maioria” (FERRAJOLI, 2011, p. 513).

Além da necessidade de observância aos direitos e garantias individuais, os regulamentos devem, conforme alhures demonstrado, respeitar as demais matérias reservadas à lei. Em decorrência de que o povo é o legítimo titular do poder nas sociedades democráticas, à lei é conferida a primazia formal para o tratamento dos temas pertinentes às ações estatais e à vida social, com a afirmação dos valores do Estado Democrático de Direito (FRANCISCO, 2009, p. 311). Tal entendimento está positivado na Constituição que dispõe que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (1988, art. 1º, Parágrafo único); “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;” (1988, art. 5º, II); e, ainda, estabelece a competência do Congresso para os assuntos de competência da União:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:”

...

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

...

XIII - nacionalidade, cidadania e naturalização;

...

XV - emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros;

“A reserva legal absoluta aparece como modo de garantir os direitos e liberdades dos cidadãos, inclusive das minorias, impondo o tratamento por seus representantes no legislativo” (FRANCISCO, 2009, p. 316), consistindo a legalidade:

“(...) na submissão e respeito diretamente à lei, ou atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador, enquanto a reserva legal absoluta exige que o direito e a obrigação estejam expressos e explicitados na própria lei em sentido formal, restando à reserva regulamentar os casos nos quais o Constituinte, por exceção, conferiu privativamente a titularidade da normatização do assunto ao Executivo” (FRANCISCO, 2009, p. 317).

Dessa forma, verifica-se a diferenciação entre a reserva absoluta de lei, quando o assunto deva ser objeto de Lei em sentido formal, como garantia dos direitos e liberdades dos cidadãos (FRANCISCO, 2009, p. 316) e a reserva regulamentar, que “decorre do reconhecimento de assuntos privativos ao Executivo, seja pelo seu conhecimento da realidade concreta, seja pela necessária autonomia funcional e organizacional decorrente do equilíbrio entre os poderes” (FRANCISCO, 2009, p. 316).

O professor diferencia, quanto às obrigações impostas ao Legislativo, a reserva legal absoluta (exclusiva da lei), relativa (compatível com legalidade e atos editados em virtude de lei) e qualificada (quando apenas a espécie específica de ato legislativo poderá tratar do tema) (FRANCISCO, 2009, p. 321). Tal diferenciação é importante no sentido de compreender a liberdade ou discricionariedade ao titular da função regulamentar para produzir normas sempre de acordo com os comandos legislativos. (FRANCISCO, 2009, p. 322). Isso porque nas áreas sujeitas à reserva legal, os *standarts* não podem deixar discricionariedade político-administrativa ao titular da função regulamentar, mas apenas em casos em que o próprio Constituinte autorizar

Conforme supracitado, verifica-se que as normas relativas à entrada de não nacionais são matéria de reserva absoluta da Lei, de modo que atos regulamentares não poderiam dispor de novos requisitos, sob pena de ofensa ao caráter democrático do Estado de Direito.

Ainda, considerando que o núcleo da discricionariedade administrativa é o subjetivismo, posto que quando a Lei não detalha o conteúdo, o atendimento do interesse público se dá subjetivamente pelo legislador, a quem a lei permite que aprecie a conveniência e oportunidade do ato aos interesses públicos (GORDILLO, 1977, p. 170), impende-se que haja procedimentos capazes de captar os anseios sociais, refletindo-se nas tomadas de decisões em que os destinatários das determinações (HABERMAS, 2001, p. 83 apud BARCELOS, ARAÚJO, 2013, p. 20). Isso implica em que a democratização não se revela apenas na forma do acesso aos cargos públicos, mas, principalmente, pelo controle e participação popular nas decisões emanadas (COSTA, 2003).

Assim, mister a participação do titular do poder nas decisões, mormente, a partir do direito como resultado provisório de lutas por acesso a

bens (FLORES, 2009). Nesse sentido, não há que se falar em uma participação já acabada por meio das eleições, mas na necessidade de fomento do controle do poder pelos próprios titulares no âmbito das decisões exaradas pela Administração.

Uma das formas desse controle encontra-se na padronização das normas técnicas para a edição de atos normativos, que compõe o Processo Legislativo (1988, art. 59, parágrafo único) e que contribuem para o respeito das competências dos atos. No que se referem aos atos de competência da Administração Pública Federal, tais normas são disciplinadas no bojo da Lei Complementar Federal nº 095, de 26 de fevereiro de 1998, e suas alterações. De acordo com tal diploma, os atos normativos devem ser redigidos em observância aos conceitos técnicos próprios da área que se visa regular, o que caracteriza a clareza e a precisão (1995, art. 11, I, II, a)

Interpreta-se que a técnica legislativa se revela como um importante instrumento para a democratização do Estado, na medida em que estabelece padrões objetivos que visam à maior otimização ou correspondência da sujeição dos atos inferiores aos superiores, bem como àqueles em que se predomina a discricionariedade técnica. A partir do manejo das regras procedimentais estabelecidas, visa-se à maior integração e comunicação entre os atos normativos, o que proporciona, se bem articulados, uma melhor operação dos conceitos pelos seus destinatários.

Conforme a lei federal supracitada dispõe, mesmo naquelas normas consideradas “técnicas” deve-se empregar a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando, a exemplo de princípios e garantias, em que se destaca a garantia fundamental da presunção à inocência.

Das lições alhures, conclui-se que os atos regulamentares, expedidos pela Administração Pública reportando-se diretamente à Constituição ou à lei (FRANCISCO, 2009, p. 296) são limitados à reserva absoluta da lei i) nos assuntos que afetem as garantias e direitos fundamentais, o que demonstra a relação direta entre o Estado Democrático de Direito e o fundamento da Dignidade da Pessoa Humana; e, ainda, ii) na temática da entrada de não nacionais no território.

## **2. DO ESTADO POLÍCIA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UM TRAÇADO DO INGRESSO NA POLÍTICA MIGRATÓRIA NO BRASIL:**

Neste capítulo, será abordado o histórico da Política Migratória Brasileira no que se refere ao tratamento conferido ao ingresso do não nacional. A partir da compreensão do direito enquanto resultado provisório de lutas para o acesso aos bens necessários a uma vida digna (FLORES, 2009, p. 28), o resgate histórico é imprescindível para a verificação da desconstrução de direitos.

Ainda, a partir da universalidade dos direitos e à ampliação da soberania, que passa estar limitada aos direitos individuais e também à ordem internacional, a identificação dos dispositivos em vários contextos históricos é de fundamental importância para a verificação da supremacia dos interesses regentes das relações internacionais, o que permite a constatação da existência de um legado que privilegie a ordem interna.

Nesse ínterim, também será demonstrada a correlação entre a doutrina da segurança nacional desenvolvida no período ditatorial, a securitização, a discricionariedade e o Estado Polícia, com o fim de, ao final, compreender se existem elementos atuais que indiquem a concepção do não nacional como um perigo a ser evitado.

### **2.1 O Ingresso na Política Migratória Brasileira**

O Poder de regular o ingresso de não nacionais no território do Estado brasileiro é exercido, atualmente, por duas categorias: o impedimento de ingresso e a retirada compulsória (RAMOS, 2020, p. 74).

O impedimento de ingresso, objeto do presente estudo, é configurado pela aferição de situações que, por serem consideradas graves, obstam a entrada do não nacional no território, sendo isso qualificado por André de Carvalho Ramos como uma herança da visão soberanista, segundo a qual o “Estado pode eleger livremente os critérios pelos quais admite – ou não – um estrangeiro no seu território” (RAMOS, 2020, p. 74).

Considerando a vontade Estatal manifestar-se pela edição de atos normativos, importante é, para o estudo do tema proposto, a análise da

motivação dos atos administrativos com o fim de identificar a ideologia presente. Tal motivação é encontrada explicitamente em vetos presidenciais.

Da leitura das razões de veto expostas no bojo do então projeto de Lei que originou a Lei de Migrações, verifica-se a supressão do artigo 44 do texto original, que assegurava o ingresso de pessoa beneficiada pela dispensa de visto ou do titular, ressalvadas as hipóteses de impedimento de ingresso previstas na seção. A referida redação foi vetada sob o argumento de que o texto “fragiliza o exercício constitucional do Poder de Polícia brasileiro pelas instituições de natureza migratória, ao esvaziar indevidamente a discricionariedade para exercício da soberania nacional” (RAMOS, 2020, p. 75).

Para André de Carvalho Ramos (2020, p. 75), a partir do veto presidencial, fica clara a intenção de conferir ampla “discricionariedade” às autoridades administrativas, o que reproduz a situação existente no revogado Estatuto do Estrangeiro, consoante o qual o visto era mera “expectativa de direito”, podendo a entrada, o registro ou estada do estrangeiro ser obstados caso verificada qualquer das hipóteses do artigo 7º ou na configuração de certa “inconveniência de sua presença no território nacional”, a critério do Ministério da Justiça. Ainda, a Lei revogada previa o impedimento de ingresso por situações extremamente abertas como em relação ao estrangeiro “considerado nocivo à ordem pública ou aos interesses nacionais” (art. 7º, II).

Dessa forma, verifica-se que as razões de veto demonstraram expressamente a prioridade dos interesses estatais para a soberania, avocando o conceito de discricionariedade para o ingresso mesmo nas hipóteses em que o visto havia sido dispensado, alegando-se um esvaziamento da discricionariedade e uma fragilização do Poder de Polícia. Acerca deste, Hely Lopes Meirelles define como a “faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado” (GALINDO, 2021).

Tal definição considera os parâmetros do Código Tributário Nacional assim define para os fins da caracterização da taxa:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à **segurança**, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

Assim, verifica-se que o poder de polícia está relacionado à restrição de direitos em prol do interesse público, que, conforme se depreende da redação do dispositivo supracitado, estão tutelados pela Constituição Federal (SOUZA, 2010).

No entanto, tal prerrogativa, a da supremacia do interesse público, considerando o Estado Democrático de Direito, encontra limites nos direitos e garantias individuais, conforme depreendido no capítulo anterior e ressaltado por Canotilho:

“uma ideia de primacial importância a reter em toda esta matéria é a seguinte: só deve falar-se de uma restrição de direitos quando há uma efetiva limitação do âmbito de proteção desses direitos [...]. Para se afirmar existência de uma autêntica restrição é necessário desenvolver um procedimento metódico destinado a iluminar as seguintes interrogações:(1) Trata-se de efetiva restrição do âmbito de proteção de norma consagrada de um direito, liberdade e garantia?(2) Existe uma autorização constitucional para essa restrição?(3) Corresponde a restrição à necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos?(4) A lei restritiva observou os requisitos expressamente estabelecidos pela constituição (necessidade, proporcionalidade, generalidade e abstração, não retroatividade, garantia do núcleo essencial)? (CANOTILHO, 1993, p. 601-602).

Ao considerar que o ingresso em comento fragiliza o Poder de Polícia brasileiro pelas instituições de natureza migratória; correlacionando com o motivo do esvaziamento indevido da discricionariedade da soberania nacional, verifica-se que o referido ato desconsidera os limites impostos pela supremacia do interesse público como a reserva legal absoluta da lei acerca da legislação sobre entrada de pessoas no território brasileiro (BRASIL, 1988, art. 48, art. 22, XIII e XV) e os direitos e garantias fundamentais.

Ao atrelar soberania à autoridade migratória, com o apontamento do esvaziamento indevido da discricionariedade para exercício da soberania nacional, reproduz-se a situação existente no revogado Estatuto do Estrangeiro, consoante o qual o visto era mera “expectativa de direito”, podendo a entrada, o registro ou estada do estrangeiro ser obstado caso

verificada qualquer das hipóteses do artigo 7º ou na configuração de certa “inconveniência de sua presença no território nacional”, a critério do Ministério da Justiça. Ainda, a Lei revogada previa o impedimento de ingresso por situações extremamente abertas como em relação ao estrangeiro “considerado nocivo à ordem pública ou aos interesses nacionais” (art. 7º, II).

Além disso, ressalta-se o conceito abstrato e que reputa o diferente como inimigo constante das Portarias que regulamentam a Lei de Migrações, a 666, já revogada e a 770. O fato de atribuírem à autoridade migratória as funções de investigação, instauração e decisão, já apontam para a concentração do poder que remete ao não respeito ao devido processo legal (DODGE, 2019).

Verifica-se que, na atual previsão da Lei de Migrações, o impedimento de ingresso é regulado pelo artigo 45, que prevê as seguintes situações específicas para tanto:

Art. 45. Poderá ser impedida de ingressar no País, após entrevista individual e mediante ato fundamentado, a pessoa:

I - anteriormente expulsa do País, enquanto os efeitos da expulsão vigorarem;

II - **condenada ou respondendo a processo por ato de terrorismo ou por crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão**, nos termos definidos pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002;

III - **condenada ou respondendo a processo em outro país por crime doloso passível de extradição segundo a lei brasileira**;

IV - que tenha o nome incluído em lista de restrições por ordem judicial ou por compromisso assumido pelo Brasil perante organismo internacional;

V - que apresente documento de viagem que:

a) não seja válido para o Brasil;

b) esteja com o prazo de validade vencido; ou

c) esteja com rasura ou indício de falsificação;

VI - que não apresente documento de viagem ou documento de identidade, quando admitido;

VII - cuja razão da viagem não seja condizente com o visto ou com o motivo alegado para a isenção de visto;

VIII - que tenha, comprovadamente, fraudado documentação ou prestado informação falsa por ocasião da solicitação de visto; ou

IX - **que tenha praticado ato contrário aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal.** (Grifo Nosso)

Assim, vê-se que a Lei de Migrações, no exercício da reserva absoluta para dispor sobre requisitos para entrada de não nacionais no território (BRASIL, art. 22, XV e art. 48), caracteriza o impedimento de ingresso das pessoas relativamente a determinados tipos penais sem exigir o trânsito em



julgado de sentença penal condenatória para a) **atos de terrorismo** ou b) **por crime de genocídio**, c) **crime contra a humanidade**, d) **crime de guerra** ou e) **crime de agressão**, nos termos definidos pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002 (2017, art. 45, II) e, ainda, f) **por crime doloso passível de extradição segundo a lei brasileira**.

Além destas hipóteses específicas, verifica-se a previsão de situação genérica para a caracterização do impedimento de ingresso, a saber, em relação à pessoa que “IX - que tenha praticado ato contrário aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal” (art. 45, IX), que é o objeto de análise da presente pesquisa.

Nesse ínterim, a Portaria nº 666, de 25 de julho de 2019 e, posteriormente, a Portaria nº 770, de 11 de outubro de 2019, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, conferiram o conceito de direito material para a hipótese em referência, sustentando como tal, respectivamente, a mera suspeita e razões sérias que indiquem o envolvimento dessas pessoas nos seguintes tipos penais: senão veja-se a atual previsão da Portaria vigente, também utilizada para a caracterização de pessoa perigosa, para os fins do § 2º da Lei Federal nº 9474, de 22 de julho de 1997 e suas alterações:

“Art. 2º Para os efeitos desta Portaria, é **considerada pessoa perigosa ou que tenha praticado ato contrário aos princípios e objetivos** dispostos na Constituição Federal aquela sobre a qual recaem razões sérias que indiquem envolvimento em:

I - terrorismo, nos termos da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016;

II - grupo criminoso organizado ou associação criminosa armada ou que tenha armas à disposição, nos termos da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013;

III - tráfico de drogas, pessoas ou armas de fogo; ou

IV - pornografia ou exploração sexual infanto-juvenil.

§ 1º As hipóteses mencionadas nos incisos do caput deste artigo poderão ser conhecidas e avaliadas pela autoridade migratória por meio de:

I - difusão ou informação oficial em ação de cooperação internacional;

II - lista de restrições estabelecida em ordem judicial ou em compromisso assumido pela República Federativa do Brasil perante organismo internacional ou Estado estrangeiro;

III - informação de inteligência proveniente de autoridade brasileira ou estrangeira;

IV - investigação criminal em curso; ou

V - sentença penal condenatória.

§ 2º As informações de que tratam os incisos I, II, III e IV do § 1º, para fundamentar os atos previstos nesta Portaria, deverão constar nos sistemas de controle migratório da Polícia Federal.

§ 3º A inclusão nos sistemas de controle migratório mencionada no § 2º deverá ser precedida de análise e avaliação por unidade central da Polícia Federal especializada para a investigação da informação.

§ 4º A unidade central da Polícia Federal, na execução das atividades mencionadas no § 3º, poderá buscar, sempre que necessário, apoio de outros órgãos ou instituições.

§ 5º A pessoa incurso neste artigo não poderá ingressar no País e fica sujeita à repatriação e à deportação” (Grifo Nosso)

Nesse sentido, a qualificação do estrangeiro como pessoa perigosa, enquanto suspeita de envolvimento nos atos listados na Portaria, depende de conhecimento e avaliação da autoridade do Poder Executivo, sem necessidade de produção probatória e demonstração razoável da presença de materialidade e indícios suficientes de autoria, possuindo a mesma pessoa as funções de acusador e julgador, revelando um verdadeiro sistema inquisitivo imperativo ao não nacional (DODGE, 2019, p. 15).

Nesse espeque, o procedimento de efetivação do impedimento de ingresso é disciplinado em ato do dirigente máximo da Polícia Federal, conforme aduz o § 1º do artigo 171 do Decreto nº 9199, de 20 de novembro de 2017, que regulamenta a Lei de Migrações, estando o impedido de ingressar sujeito à repatriação, que consiste na medida administrativa da “devolução” ao país de procedência (2017, art. 185). Tal diploma, ainda, utiliza o termo “clandestino” para o não nacional que não preencher os requisitos de admissão (2017, art. 172), conferindo à Polícia Federal a atribuição de “organizar, manter e gerir os processos de identificação civil do imigrante” e “administrar a base de dados relativa ao Registro Nacional Migratório” (2017, art. 58, I e III)

Da redação dos dispositivos legais supracitados, verifica-se que o legislador reservou dispositivo específico para o tratamento do ingresso no que se refere a tipos penais (II, III) e, ainda, para a hipótese genérica de atos atentatórios contra princípios e objetivos da república federativa do Brasil. Nesse ínterim, por meio de portaria, procedeu à definição do conteúdo desta última hipótese, inovando em crimes caracterizadores do impedimento sobre os quais a Lei não fez referência nos dispositivos específicos relativos a fatos penais.

Ainda, constata-se que o ato do Ministro da Segurança Pública vale-se da cominação de critérios de valor ao fazer referência direta de razões sérias a serem avaliadas pela autoridade migratória e que indiquem o envolvimento em

determinados tipos penais para a caracterização do conceito de princípios e objetivos estabelecidos pela Constituição Federal, excluindo o direito fundamental à presunção de inocência (1988, art. 5º, LVII).

Isso porque a própria qualificação de atos atentatórios a princípios e objetivos é efetuada pela Portaria ao remeter a determinados tipos penais e a ignorar o conceito de princípios como a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência; e, ainda, devido ao fato desses tipos penais serem caracterizados a partir de avaliação das razões sérias a serem avaliadas pela autoridade migratória (2019, art. 2 (2019, art. 2º).

Nesse ínterim, verifica-se que a Portaria não obedeceu ao requisito da precisão que deve orientar os textos normativos, nos termos da Lei Complementar Federal nº 095, de 26 de fevereiro de 1998 e suas alterações, que “Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona”, que prevê a necessidade de observância ao conceito técnico das normas (1998, art. 11, II, a).

Ao se referir a Lei “a princípios e objetivos de que trata a Constituição Federal”, não se verifica, dentre várias opções decorrentes do conceito de “princípios e objetivos”, elencados na Constituição, uma opção à autoridade migratória, mas, sim, a aplicação dos princípios e objetivos definidos pela Constituição, dentre os quais a presunção de inocência.

Ainda, verifica-se, na legislação migratória pátria vigente, a positivação de princípios como a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos (BRASIL, 2017, art. 3º, I), a não criminalização da migração (BRASIL, 2017, art. 3º, III) e igualdade de tratamento do migrante (BRASIL, 2017, art. 3º, IX).

A referida Lei de Migrações preconiza que “os direitos e as garantias previstos (...) 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.”.

Verifica-se, pois, que o próprio ordenamento interno, reconhece expressamente a abertura do ordenamento interno ao Direito Internacional dos

Direitos Humanos e ao controle substancial das normas da Constituição Federal e, ainda, das internacionais.

Todavia, para além da positivação de direitos, mister que os meios necessários para a realização desses direitos sejam oferecidos. Conforme exposto no capítulo I, os seres humanos ostentam direitos em função da dignidade da pessoa humana, atributo que independe da nacionalidade.

Nesse sentido, a mobilidade humana e o direito de se presumir inocente devem ser garantidos a todos independentemente da nacionalidade. A isso está sujeito o Estado Democrático de Direito.

Assim, com o fim de compreender o tratamento conferido ao não nacional a luz desses conceitos, faz-se mister o estudo dos discursos do Estado Brasileiro, por meio das normas positivadas, nos diferentes contextos históricos para, então, analisar a posição ideológica atual e a existência ou não de um tratamento que seja contrário à dignidade da pessoa humana do não nacional, o que será efetuado no próximo capítulo.

André Siciliano salienta que as diretrizes que orientam o recebimento de não nacionais em um país, dada a soberania dos Estados, estão diretamente relacionadas ao interesse estatal do momento (SICILIANO, 2012, p. 5 apud MORAES, 2016, p. 34), ressaltando que, para além do aspecto negativo de autoridade coatora das pessoas sobre um espaço, o Estado detém outro viés de extrema importância, que é o da proteção e amparo ao indivíduo.

Nesse sentido, mister o resgate dos interesses nacionais que predominaram nos momentos nos quais a atividade legiferante relacionada à política migratória se manifestou, o que adiante passa a expor.

## **2.2. Do histórico do Ingresso na Política Migratória Brasileira**

A migração rumo ao Brasil se verifica desde o período colonizador, com a chegada dos portugueses, por meio do tráfico de escravos<sup>8</sup> africanos durante 1500 a 1850 (SILVA e PALUMA, 2019, p. 169).

---

<sup>8</sup> Entre 1550 e 1850, estima-se que 4 milhões de escravos negros foram trazidos à força para o Brasil. Nesse mesmo período, os imigrantes livres eram portugueses (EDUCABRAS, [s.d.]).

Até 1808, apenas portugueses tinham o direito de entrar livre no Brasil. Não obstante, em 25 de novembro de 1808, D. João VI assinou um decreto que permitia que estrangeiros possuíssem terras no Brasil. O fluxo migratório ainda era baixo, considerando a facilidade de obtenção de mão de obra escrava (EDUCABRAS, [s.d.]). A escravidão, inclusive, é uma extrema violência contra a mobilidade humana, e, por meio do Estado, impede o êxodo da força de trabalho, que almeja a liberdade e a busca por melhores condições de vida” (MORAES, 2016, p. 156).

Nesse período havia a hierarquização das nacionalidades por aptidão ao trabalho agrícola: grupos que em outros países não se demonstravam aptos ao serviço agrícola, a despeito dos critérios para essa avaliação serem subjetivos, sofriam restrições, o que revela a correlação com as medidas migratórias e os interesses do governo (SEYFERTH 2001, p. 139 apud MARTH, PEREZ e BORGES, 2019, p. 83).

Em 1850, a Lei Eusébio de Queiroz proibiu o tráfico negreiro, dificultando a obtenção de mão de obra escrava e, em 1888, a Lei Áurea aboliu a escravidão. Nesse contexto, a cultura cafeeira do Oeste Paulista atraiu imigrantes pelo que, dada a ausência de mão de obra nacional para suprir a expansão da produção do café, bem como o início da industrialização na Europa, intensificou-se o fluxo migratório com políticas que o favoreciam (CHIARELLO, 2011, p. 160 apud SILVA e PALUMA, 2019, p. 169).

Ainda, não apenas por razões econômicas a imigração europeia era estimulada, mas com vistas ao “branqueamento da raça”, com base em argumento racista que supunha a superioridade dos brancos e a inferioridade de outras, principalmente a negra (MORAES, 2016).

Para Nina Rodrigues, o principal doutrinador do racismo científico no país, “Quaisquer que sejam as condições sociais em que se coloque o negro, ele está condenado pela sua própria morfologia e fisiologia e jamais pode alcançar o branco” (MORAES, 2016, p. 59).

Um dos motivos para o incentivo da migração também foi a rejeição do escravo liberto, considerado não só um inimigo doméstico, mas também público, impossibilitado de participar da soberania nacional e do poder estatal (MORAES, 2016, p. 63).

Os recém libertos que, antes, eram considerados coisa e bem jurídico tutelado criminalmente, após a libertação não podiam sequer desempenhar cargos públicos, não usufruindo de cidadania plena (MORAES, 2016, p. 64).

Ainda, a ideia de pessoa perigosa esteve presente no período do Império e vinculada à ideia de punição dos africanos escravizados e libertos acusados do envolvimento em rebeliões, como a Revolta dos Malês, ocorrida nas ruas de Salvador em 1835 e que desencadeou medidas repressivas de cunho político, social e jurídico com o objetivo de promover a expulsão em massa de centenas de escravos e libertos africanos (QUINTANILHA, 2019).

As expulsões avocavam como justificativa os escravos e libertos africanos “não gozarem de direito de cidadão, nem de privilégio de estrangeiro” (REIS, 2003, apud QUINTANILHA, 2019).

Um grupo de fazendeiros, com o objetivo de defender a retirada compulsória dos africanos contra quem não havia sido encontradas provas incriminadoras, qual protocolaram no Parlamento uma petição denominando os africanos de “bárbaros que não representam o mundo político e civilizado” (QUINTANILHA, 2019). Ainda, protocolaram um ofício ao Ministro da Justiça com os seguintes termos:

mandar deportar para fora do Império aqueles pretos africanos libertos, que achando-se presos por indícios de suspeitos de cúmplices na insurreição, não forem afinal sentenciados pelo Júri: assim como todos aqueles que para o futuro se julgarem perigosos. e penal cabíveis, as seguintes penalidades (QUINTANILHA, 2019).

Tal pedido foi aprovado e fortalecido pela Lei nº 9, de 13 de maio de 1835, ensejando uma política de expulsões para além do caso dos Malês (QUINTANILHA, 2019).

Por outro lado, a elite imperial empenhava-se em manter sua identidade enquanto classe senhorial, por meio da ordem e da difusão de uma civilização, espelhada nas nações do ocidente industrializado (MORAES, 2016, p. 64).

Nesse sentido, houve campanhas de aliciamento humano na Espanha, Portugal e Itália, países preferidos pelo Estado brasileiro em razão do “branqueamento, bem como dos ideais capitalistas (MORAES, 2016, p. 65), havendo, entre 1888 e 1920, um grande fluxo de imigrantes para o Brasil.

Com o fim do Império, em 15 de novembro de 1889, houve a institucionalização de um governo provisório, com duração limitada até a promulgação de uma nova constituição (BALEIRO, 1891, apud MARTH, PEREZ e BORGES, 2019, p. 85). Esta, a Constituição de 1891, era baseada nas constituições estadunidense, argentina e suíça, e nos ideais da filosofia republicana positivista e do clássico liberalismo individualista (FIGUEIREDO, 2011, p. 23-24), razão pela qual se havia maior esperança de uma legislação que valorizasse mais os migrantes (MARTH, PEREZ e BORGES, 2019, p. 85).

A nova constituição flexibilizou a lei de naturalização dos estrangeiros sendo fundamento de validade para a edição da Lei de 23 de outubro de 1832, que previa a naturalização quando preenchidos requisitos como idade superior a 21 anos, prova de “vida honesta”, sendo concedidos ao estrangeiro naturalizado os mesmos direitos de um cidadão brasileiro (MARTH, PEREZ e BORGES, 2019, p. 85).

Não obstante, no início da Primeira República, em 1890, surge pela primeira vez o termo deportação ou expulsão de estrangeiros vadios (1890, artigos 399 e 400, parágrafo único), com o objetivo de retirar os estrangeiros indesejáveis do território (MORAES, 2016). Diferentemente, o banimento era destinado aos nacionais, com a perda dos direitos políticos destes, e aos estrangeiros, que sequer os tinha (MORAES, 2016)

Para Moraes, a expulsão dos estrangeiros “vadios” correspondia “à colaboração da política criminal com a política migratória e, com isso, à instrumentalização do Direito penal a serviço da última” (MORAES, 2016, p. 105). Tal adjetivo era atribuído àqueles que não tinham meios de subsistência, profissão, habitação, ou, ainda, que sobreviviam de ocupação proibida por lei ou contrária aos bons costumes. Eram, assim, considerados perigos sociais. Era previsto que às autoridades consulares deveriam auxiliar no “destino dos menores desprotegidos e desamparados” cabendo à autoridade local suplementarmente “suprir a incapacidade e curar da sorte do menor, como se fosse nacional” (MORAES, 2016, p. 105).

Assim, verifica-se a diferenciação expressa que se fazia acerca do tratamento entre um estrangeiro e um nacional e a utilização do Direito Penal como instrumento para tal diferenciação e eliminação do “perigo”. Tratava-se da política de limpeza da sociedade em relação aos inimigos, dentre os quais

os estrangeiros, compreendidos não mais como úteis para a colonização (MORAES, 2016, p. 107).

Nesse contexto, o Decreto nº 163, de 1890, instituiu um “novo regime de colonização a ser implantado pelo trabalhador nacional, considerado mais apto para povoar o norte do país” (BRASIL, 1890). Para Seyferth (2001), as áreas de fronteira, por serem de cobiça internacional, não poderiam receber imigrantes (SEYFERTH, 2001, apud MARTH, PEREZ e BORGES, 2019, p. 86).

Ainda, permaneceu o vínculo da política migratória com o conceito de superioridade europeia: o Decreto 528 conferia importância e necessidade às “forças produtoras da República” bem como a garantia do estabelecimento de imigrantes laboriosos, o que configurou preconceitos que permanecem até hoje (MENEZES, 2001, p. 217 apud MARTH, PEREZ e BORGES, 2019, p. 86).

Em 1911, o governo instituiu um programa, por meio da absorção do Serviço de Povoamento pelo Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, no intuito de subsidiar imigrantes europeus em situação de pobreza, com passagens de segunda ou terceira classe, com boa saúde, com prioridade ao indivíduo que fizesse parte de uma unidade familiar (MENEZES, 2001, p. 217, apud MARTH, PEREZ e BORGES, 2019, p. 86).

Em 1907, o Decreto nº 1641, que vigorou durante a primeira república, previa a expulsão do estrangeiro que, por qualquer motivo, compromettesse a segurança nacional ou a tranquilidade pública (BRASIL, 1907), o que demonstra o caráter defensivo da legislação migratória, que visava, supostamente, defender a ordem pública, combater as condutas imorais e defender a economia nacional (MARTH, PEREZ e BORGES, 2019, p. 86).

Para Menezes (2001, p. 127 apud MARTH, PEREZ e BORGES, 2019, p. 86, 87), a expulsão foi utilizada como “ferramenta de limpeza”, no âmbito da característica de vigilância e controle, conforme apontado alhures em período anterior.

O Decreto nº 4.247, de 6 de janeiro de 1921, passou a criminalizar o reingresso do estrangeiro expulso do território nacional, o que para Moraes, representa a “estigmatização penal do estrangeiro ao longo do período”, sendo que para os cidadãos nacionais, o banimento foi sendo abolido, enquanto ficava cada vez mais evidente a relação entre a condenação criminal e a cidadania, já que nem sequer podiam voltar mais para o país, sendo a



expulsão “mais do que a ausência de participação política, mas a configuração de efeitos penais como, para além de estigmatizantes, perpétuos”.

No período entre-guerras, houve medidas restritivas do fluxo migratório pelo governo brasileiro, com uma crescente popularidade das ideias nacionalistas no pós Primeira-Guerra mundial (MENEZES, 2001, p. 130 apud MARTH, PEREZ e BORGES, 2019, p. 87). Além disso, havia também uma influência de teorias raciais na política migratória, conforme destaca Emerson Andema:

Nota-se que as políticas restritivas postas em prática eram caracterizadas por uma dupla face: a legislação impunha barreiras à imigração de estrangeiros que pudessem ser considerados indesejáveis - seja por razões de ordem moral, política, racial ou econômica - e institucionalizaram a prática de expulsão por meio de atos normativos, por vezes em dissonância com o texto constitucional. Durante a vigência do Decreto nº 9.801, as teorias raciais ganharam popularidade no país e foram utilizadas para edificar uma interpretação nacional fundada no ideal de branqueamento da população (ANDENA, 2013, p. 66 apud MARTH, PEREZ e BORGES, 2019, p. 87).

Percebia-se que o governo provisório, assim, caracterizou-se pelo foco na colonização apontando, por meio dos decretos, a preterição de imigrantes asiáticos e africanos por questões étnico-raciais, “alimentando a ideia de superioridade europeia a tal maneira que a própria população começa a aderir essa ideologia justificada na proteção dos interesses nacionais” (MARTH, PEREZ e BORGES, 2019, p. 87).

Em consequência da crise de 1929, que afetou a produção cafeeira no Brasil, foram publicadas as primeiras medidas restritivas para entrada de imigrantes internacionais no Brasil, em 1930 (CHIARELLO, 2011, p. 169 apud SILVA e PALUMA, 2019, P. 169). A economia brasileira era, até então, baseada na exportação de produtos primários, sendo o café o principal produto, o qual teve seu preço reduzido em quase 70%, provocando a necessidade de planejamento como um dos principais meios de intervenção na economia.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> "Depois de esforços feitos em várias frentes, a economia começou a dar mostras de recuperação em 1933. O governo provisório procurou sustentar o setor cafeeiro e adaptar-se a nova situação do mercado mundial. Aliviada a situação, esboçou-se um projeto de desenvolvimento econômico em bases novas, que procurou priorizar o avanço do setor industrial com a participação do estado." (CAPELATO,2003).

Com o fim da política do café com leite, Getúlio Vargas, em seu primeiro governo, dissolveu os Congressos e as Assembleias, nomeando interventores indicados pelo Governo. Com a instituição do voto universal e de direitos trabalhistas, foram convocadas eleições para estabelecer uma assembleia constituinte para uma nova Constituição Federal, com itens que geraram debates, principalmente no que se referem aos estrangeiros no país. (MARTH, PEREZ e BORGES, 2019, p. 88). Verificou-se apreço pela população local com discursos protecionistas que ajudaram a despertar o sentimento nacionalista, com decretos que demonstravam o caráter de “repúdio” ao estrangeiro (ANDENA, 2013, p. 78 apud MARTH, PEREZ e BORGES, 2019, p. 88).

O Decreto nº 19.487, de 12 de dezembro de 1930, previa que:

(...) uma das causas do desemprego se encontra na entrada desordenada de estrangeiros, que nem sempre trazem o concurso útil de quaisquer capacidades, mas frequentemente contribuem para o aumento da desordem econômica e da insegurança social (BRASIL, 1930).

Na Assembleia Constituinte supracitada, houve entraves à entrada de imigrantes propostos por parlamentares, a exemplo da proposta nº 1053 para que se apenas aceitasse “elementos de raça branca, ficando proibida a concentração em massa, em qualquer ponto do país”, além da nº 841 para que fosse vetada a entrada de migrantes analfabetos (MARTH, PEREZ e BORGES, 2019, p. 88).

Tais medidas e propostas tiveram inspiração nas ideias fascistas e nazistas e, mormente, na política migratória estadunidense, demonstrando o caráter discriminatório das ações governamentais (GERALDO, 2009, p. 180 apud MARTH, PEREZ e BORGES, 2019, p. 88)

No período Vargas, a prática de expulsões se consolidou por meio de decisões monocráticas do Poder Executivo, à revelia do Poder Judiciário, sendo tal processo iniciado com um inquérito policial, no qual o delegado determinava a “nocividade” do indivíduo e encaminhava para o Ministério da Justiça sob apreciação do presidente (QUINTANILHA, 2019).

Nesse período, 671 estrangeiros foram expulsos do país, sendo que os decretos expulsórios informavam como motivo a nocividade ou indesejabilidade

do estrangeiro (CARDOSO, apud SADA; VALENTE, 2017), número que é estimado como maior de acordo com a pesquisa, considerando características como o caráter ultrassecreto dessas informações pelo Itamaraty. (CARDOSO, apud SADA; VALENTE, 2017).

A Lei de Cota, criada no regime ditatorial de Getúlio Vargas em 1934, restringia a entrada de imigrantes, com exceção de portugueses. A Lei dos  $\frac{2}{3}$ <sup>10</sup> (Brasil, 1930) preconizava uma quantidade mínima de brasileiros contratados pelo mercado de trabalho e, hoje, é incorporada na Consolidação das Leis do Trabalho, que entrou em vigor em 1943, sob o nome de "nacionalização do trabalho".

Tais normas visavam ao fortalecimento de uma identidade nacional como meio de planejamento para maior atenção ao mercado interno brasileiro, tendo sido o controle do fluxo migratório compreendida como medida de combate ao desemprego.

Com o início do Estado-Novo, houve propostas de inserção dos estrangeiros conforme projetos do governo que incluíam uma política imigratória claramente seletiva e restricionista” (KOIFMAN, 2012, p. 30 apud MARTH, PEREZ e BORGES, 2019, p. 89), com aceitação de estrangeiros apenas com “culturas parecidas” com a nossa, a saber, Portugueses e membros dos estados americanos e estrangeiros que provassem possuir meios de subsistência (BRASIL, 1941), supostamente por entender que a falta de qualificação profissional provocava o deslocamento de migrantes fazendo-os concorrer com os trabalhadores brasileiros. Para Andena (2013, p. 80 apud

---

<sup>10</sup>O decreto federal nº 20.291, de 12 de agosto de 1931, regulamenta a Lei dos  $\frac{2}{3}$ , destacando-se s seguintes dispositivos: Art. 1º Todos os indivíduos, empresas, associações, sindicatos, companhias e firmas comerciais e industriais, que explorem qualquer ramo de comércio ou indústria, inclusive concessões dos Governos Federal, Estadual, Municipal, do Distrito Federal e Território do Acre, são obrigados a manter no quadro do seu pessoal, quando composto de mais de cinco empregados, uma proporção de brasileiros natos nunca inferior a dois terços, que deverá ser conservada durante o ano civil.

Art. 2º Para os efeitos do disposto no artigo anterior, são equiparados aos brasileiros natos os estrangeiros cujos cônjuges forem brasileiros, e que, tendo filhos brasileiros, residam no Brasil há mais de 10 anos, ficando igualmente equiparados, durante cinco anos, a contar da data do decreto n. 20.261, de 29 de julho de 1931, os demais estrangeiros com o mesmo tempo de residência daqueles no país. (...)

Art. 7º Quando, por falta de trabalho, qualquer estabelecimento ou empresa houver de reduzir o número de seus empregados, operários ou trabalhadores, a dispensa dos estrangeiros deverá preceder sempre a dos brasileiros natos da mesma categoria, observado o disposto no art. 2º. BRASIL, 1931.

MARTH, PEREZ e BORGES, 2019, p. 89), a verdadeira intenção do governo brasileiro era:

De fato, no que toca à classificação do perfil de imigrante como sendo ou não, desejável, a política migratória brasileira estabeleceu diversas regras e critérios a serem seguidos. A partir de teorias eugenistas, que propunham a interferência estatal a fim de melhorar as gerações futuras, foram instituídos valores acerca dos atributos dos diferentes grupos humanos a fim de se chegar a mais “adequada” seleção de elementos reprodutivos (ANDENA, p. 80, apud MARTH, PEREZ e BORGES, 2019, p. 89).

Ainda, o Decreto-Lei nº 7967, de 18 de setembro de 1945, em meados do fim do Estado Novo qual a condicionava o ingresso à demonstração do “fator de progresso para o país”. O referido ato ainda dispunha que o imigrante deveria estar enquadrado nos critérios de raça, com a necessidade de preservação e desenvolvimento, na composição étnica da população, das características mais convenientes de sua ascendência europeia.

Nesse contexto, o governo brasileiro, por meio de propaganda específica, enfatizava a categoria dos brasileiros nacionais como elevada no cenário operário nacional, podendo-se destacar um dos pensamentos existentes na época:

Xavier de Oliveira, deputado pelo Ceará, discursou afirmando que o processo migratório possuía fases: a econômica, a política (surgida com a Primeira Guerra) e, finalmente, a fase atual: nacionalista, antropológica e “eugenética” da migração. Para o deputado, no entanto, o Brasil não estava acompanhando essas mudanças, permanecendo ainda na tal fase econômica, ao passo que outras nações, cujas nacionalidades também estariam “em formação”, como os Estados Unidos, a Argentina, o Canadá, o Chile, a Austrália, a Nova Zelândia, já haviam passado da fase política para a “eugenética”. Várias nações, portanto, eram apresentadas como referência no sentido de restringir o fluxo migratório (ENDRICA, 2009).

Em 1945, findou-se a Era Vargas e, após, o Golpe de Estado de 1º de abril de 1964, deu início a um governo autoritário fundado na instauração de um estado de exceção inspirado na doutrina da segurança nacional, a qual traduz a ideia de garantia de uma segurança absoluta no enfrentamento de uma guerra permanente e generalizada, sendo que no caso brasileiro, esse combate era contra um inimigo interno: o dissidente político (MARTIN-CHENUT, 2009, p. 224-249, apud MORAES, 2016, p. 139).

Tal doutrina baseia-se na guerra total e na estratégia como única resposta, valendo-se, dentre os ideais, da efetivação dos objetivos nacionais e a preservação do caráter nacional e da soberania ante a ameaça do comunismo (MORAES, 2016, p. 140).

Nesse período, marcado pelas constantes violações aos direitos humanos em prol dos objetivos nacionais, após a edição do Ato Institucional nº 5, o Decreto-Lei nº 941, de 13 de outubro de 1969 previa a não concessão de visto ao estrangeiro que fosse “nocivo à ordem pública” (art. 5º, II). Ainda, dispunha:

Art. 73. É passível de expulsão o estrangeiro que, por qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou a moralidade pública e à economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo ou perigoso à conveniência e aos interesses nacionais.

Art. 81. Em se tratando de procedimento contra a segurança nacional, a ordem política ou social e a economia popular, assim como no caso de desrespeito à proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro, a expulsão poderá ser feita mediante investigação sumária, que não poderá exceder o prazo de 5 (cinco) dias dentro do qual fica assegurado ao expulsando o direito de defesa.

Tal Decreto foi revogado pela Lei Federal nº 6815, de 19 de agosto de 1980, o chamado “Estatuto do estrangeiro”, que vigorou até a vigência da Lei Federal nº 13.445, de 24 de maio de 2017, a denominada Lei de Migração.

Em 1980, o Brasil passou por uma nova modalidade de migração, inaugurando uma nova fase de deslocamento da sua população, passando de receptor para emissor de emigrantes (CHIARELLO, 2011, apud SILVA e PALUMA, 2019, p. 169). Desde esse período até 2017, a política migratória brasileira era definida segundo os termos da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980 e suas alterações, o denominado estatuto do estrangeiro, o qual, criado na vigência do regime ditatorial, apontavam para o interesse governamental pautado na manutenção da ordem pública e na proteção da segurança nacional (REIS, 2011, p. 59).

Destacam-se alguns dispositivos do referido instrumento que demonstram a importância da segurança nacional no referido instrumento:

Art. 1º Em tempo de paz, qualquer estrangeiro poderá, satisfeitas as condições desta Lei, entrar e permanecer no Brasil e dele sair, **resguardados os interesses nacionais.**

Art. 2º Na aplicação desta Lei atender-se-á **precipualemente à segurança nacional**, à organização institucional, aos interesses

políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil, bem assim à **defesa do trabalhador nacional**.

Art. 3º A concessão do visto, a sua prorrogação ou transformação ficarão sempre condicionadas aos interesses nacionais.

...

Art. 7º **Não se concederá visto** ao estrangeiro:

...

II - **considerado nocivo à ordem pública ou aos interesses nacionais;**

...

Art. 16. ...

Parágrafo único. A **imigração objetivará, primordialmente, propiciar mão-de-obra especializada aos vários setores da economia nacional**, visando ao aumento da produtividade, à assimilação de tecnologia e à captação de recursos para setores específicos.

...

Art. 26. O visto concedido pela autoridade consular configura mera expectativa de direito, **podendo a entrada, a estada ou o registro do estrangeiro ser obstado ocorrendo qualquer dos casos do artigo 7º, ou a inconveniência de sua presença no território nacional**, a critério do Ministério da Justiça.

...

Art. 61. **O estrangeiro, enquanto não se efetivar a deportação, poderá ser recolhido à prisão por ordem do Ministro da Justiça**, pelo prazo de sessenta dias.

...

Art. 65. É passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, **atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais**.

...

Art. 67. **Desde que conveniente ao interesse nacional, a expulsão do estrangeiro poderá efetivar-se**, ainda que haja processo ou tenha ocorrido condenação. (Grifo Nosso)

A partir dos dispositivos em destaque, verifica-se, nitidamente, a prevalência do paradigma da cidadania no Estado-nação presente no Estatuto do Estrangeiro. A utilização de adjetivos ao estrangeiro como inconveniente, nocivo à ordem pública ou aos interesses nacionais, bem como a alta discricionariedade em relação à entrada no território, a possibilidade de prisão daquele que estivesse em situação irregular até o procedimento da deportação, apontam para a identificação de um tratamento desigual com o nacional, mesmo após o ingresso no território. Ainda, apontam para a extrema preocupação com a segurança nacional concebendo o não nacional como uma ameaça.

Dentre as principais críticas realizadas ao Estatuto do Estrangeiro, encontra-se o descompasso principiológico entre a legislação migratória e a Constituição Brasileira de 1988, tendo em vista o seu caráter obsoleto e

discriminatório (KENICKE, 2016, p. 31). O fim era coibir a imigração clandestina, bem como preservar a integridade institucional, o respeito aos interesses nacionais de conteúdo político, socioeconômico e cultural, assim como a defesa do trabalhador nacional frente à competição originada pela imigração indiscriminada (CAHALI, 1983, p. 74).

Para Marcello Cerqueira, o Estatuto do Estrangeiro era uma lei que “falava do estrangeiro, mas a garantia era do nacional” (CERQUEIRA, 1981, p. 44) tendo como fim coibir a imigração clandestina, bem como preservar a integridade institucional, o respeito aos interesses nacionais e a proteção do trabalhador nacional ante o na nacional (CAHALI, 1983, p. 74).

Foi, então que, em 24 de maio de 2017, o Estatuto do Estrangeiro foi revogado pela Lei Federal nº 13.445, que Institui a Lei de Migrações, a qual contém no bojo do artigo 3º, o reconhecimento de princípios e diretrizes para a política migratória, dentre os quais “a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos” (2017, art. 3º, I); repúdio e prevenção a quaisquer outras formas de discriminação (2017, art. 3º, II); acesso igualitário e livre do migrante a bens públicos (2017, art. 3º, XI); participação cidadã do migrante (XIII); “cooperação internacional com Estados de origem, de trânsito e de destino de movimentos migratórios, a fim de garantir efetiva proteção aos direitos humanos do migrante;” (XV); observância ao disposto em tratado (XVIII).. Ainda, a Lei de migrações ainda destaca que os direitos e as garantias previstos (...) serão exercidos em observância ao disposto na Constituição Federal, independentemente da situação migratória, (...), e não excluem outros decorrentes de tratado de que o Brasil seja parte.” (2017, art. 4º, § 1º).

A referida Lei é regulamentada pelo Decreto nº 9199, de 20 de novembro de 2017, o qual utiliza o adjetivo clandestino para se referir aos migrantes impedidos de adentrar no país. (2017, art. 172). Ao estabelecer determinadas hipóteses para o impedimento de ingresso de não nacionais, inclusive cominando determinados tipos penais (2017, art. 4º, II, III), a Lei, nesse mesmo rol, estabelece uma cláusula abstrata para a configuração do impedimento de ingresso de um não nacional (2017, art. 45, IX), a saber o cometimento “de ato contrário aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal”.

Fundamentando-se na referida Lei, foi editada a Portaria nº 666, de 25 de julho de 2019, expedida pelo do Ministério da Justiça e Segurança Pública, a qual estabelecia os critérios materiais para a caracterização de atos contrários aos princípios e objetivos dispostos na Constituição, além do conceito de pessoa perigosa, para os fins do § 2º do artigo 7º e seguintes da Lei Federal nº 9474, de 22 de julho de 1997, que “Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951”, que preconiza que o pedido de refúgio não poderá ser invocado por pessoa considerada perigosa para a segurança no Brasil. A Portaria nº 666, de 2019 assim preleciona no bojo do artigo 2º:

Art. 2º Para os efeitos desta Portaria, são consideradas pessoas perigosas ou que tenham praticado ato contrário aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal aqueles suspeitos de envolvimento em:

I - terrorismo, nos termos da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016;

II - grupo criminoso organizado ou associação criminosa armada ou que tenha armas à disposição, nos termos da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013;

III - tráfico de drogas, pessoas ou armas de fogo;

IV - pornografia ou exploração sexual infantojuvenil; e

V - torcida com histórico de violência em estádios.

§ 1º As hipóteses mencionadas nos incisos deste artigo poderão ser conhecidas e avaliadas pela autoridade migratória por meio de:

I - difusão ou informação oficial em ação de cooperação internacional;

II - lista de restrições exaradas por ordem judicial ou por compromisso assumido pela República Federativa do Brasil perante organismo internacional ou Estado estrangeiro;

III - informação de inteligência proveniente de autoridade brasileira ou estrangeira;

IV - investigação criminal em curso; e

V - sentença penal condenatória.

Após inúmeras oposições, inclusive por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade em que se questionou aspectos como a concentração, na mesma autoridade, das funções de acusador e julgador, sem a necessidade de demonstração por provas requeridas pelo investigado e a demonstração razoável da presença de materialidade e indícios suficientes de autoria, apontando-se para um verdadeiro sistema inquisitivo imperativo ao imigrante(DODGE, 2019); a Portaria foi revogada pela Portaria nº 770, de 11 de outubro de 2019, ainda vigente, e que assim prevê:

Art. 2º Para os efeitos desta Portaria, é considerada pessoa perigosa ou que tenha praticado ato contrário aos princípios e objetivos



dispostos na Constituição Federal aquela sobre a qual recaem razões sérias que indiquem envolvimento em:

I - terrorismo, nos termos da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016;

II - grupo criminoso organizado ou associação criminosa armada ou que tenha armas à disposição, nos termos da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013;

III - tráfico de drogas, pessoas ou armas de fogo; ou

IV - pornografia ou exploração sexual infantojuvenil.

§ 1º As hipóteses mencionadas nos incisos do caput deste artigo poderão ser conhecidas e avaliadas pela autoridade migratória por meio de:

I - difusão ou informação oficial em ação de cooperação internacional;

II - lista de restrições estabelecida em ordem judicial ou em compromisso assumido pela República Federativa do Brasil perante organismo internacional ou Estado estrangeiro;

III - informação de inteligência proveniente de autoridade brasileira ou estrangeira;

IV - **investigação criminal em curso**; ou

V - **sentença penal condenatória**;

...” (Grifo nosso)

Considerando, em relação ao impedimento de ingresso, portaria (2019) caracterizar as hipóteses de atos atentatórios a princípios e objetivos da Constituição e, ainda, prever o conceito de “razões sérias que indiquem o envolvimento” no que se refere à avaliação pela autoridade migratória, o que indica o alto grau de abstração da referida norma, pretende-se abordar a relação desta estrutura com a doutrina da segurança nacional e o legado do Estado Polícia, o que se fará no próximo subitem.

### **2.3 Do impedimento de ingresso como primazia da segurança nacional em detrimento do indivíduo como sujeito de direitos**

No período da ditadura, a Escola Superior de Guerra foi responsável pela disseminação de termos muito importantes ao contexto, tais como “segurança nacional”, “desenvolvimento” e “democracia” (COSTA, 2013, p. 545). Nesse ínterim, a Doutrina da Segurança Nacional surge como teoria consoante a qual “a força do Estado era capaz de derrotar todas as forças inimigas e fazer soberanos os interesses nacionais” (CASTELO BRANCO, 1967, p. 54). Consoante Castelo Branco, a Doutrina da Segurança Nacional contempla, para além de questões militares e de defesa, a estabilidade política interna (MARTH, PEREZ e BORGES, 2019, p. 83).

Embora o termo segurança nacional esteja ultrapassado no bojo da legislação, tendo, inclusive, a Lei Federal nº 14.197, de 1º de setembro de 2021

revogado a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional), este trabalho opta por utilizar o termo em relação à verificação ou não da existência material do conceito sob a forma de legado.

Conforme aduz Herrera Flores (2009), para além da positivação de direitos, mister que haja o efetivo acesso aos bens materiais que estes visam tutelar, razão pela qual se entende que a mera revogação do diploma que institui a Segurança Nacional, ou, ainda, das menções explícitas deste termo na política migratória não são capazes de demonstrar o atendimento dos bens necessários para uma vida digna, além da formação ideológica presente de forma implícita nos discursos, o que será demonstrado no próximo capítulo.

Conforme demonstrado alhures, desde o Estado Novo, verificou-se uma proteção e valorização do nacional em detrimento do estrangeiro (MARTH, PEREZ e BORGES, 2019, p. 91), de modo que, para que a ideia fosse colocada em prática, era necessária a figura de um inimigo interno, como fim de provar a eficiência da doutrina. Nesse ínterim, o inimigo escolhido foi o comunismo, de modo que cada novo ator que surgia e não fazia parte dos interesses militares era tido como tal e deveria ser combatido: com os migrantes não poderia ser diferente (COMBLIN, 1978, p. 54 apud MARTH, PEREZ e BORGES, 2019, p. 91).

Para Giralda Seyferth (2008) “As situações conflituosas, o aparente desafio às leis e autoridades (...) a mobilidade espacial (...) deixaram à mostra um colono indesejado, politizado estrangeiro, problemático, desqualificado como comunista” (SEYFERTH, 2008, p. 8).

MARTH, PEREZ e BORGES (2019, p. 94) apontam que a ESG se valeu da teoria da securitização, na qual os temas são tratados como afetos à segurança com o fim de legitimar práticas de repressão, havendo, mesmo muitos anos depois, resquícios dessa ideologia. Consoante tal teoria, cunhada na Escola de Copenhague, para quem um determinado “objeto é designado como um problema de segurança internacional na medida em que um agente securitizador argumenta sobre a necessidade de se tratar determinado tema como uma ameaça existencial (SILVA e PEREIRA, 2018).

Com o fim de explicar a securitização, os autores estabeleceram três conceitos operacionais, a saber:

O agente securitizador é o ator político capaz de demonstrar que determinado tema precisa ser reconhecido pelo público como uma ameaça existencial. O objeto referente pode ser o Estado, mas, também, organizações, indivíduos, grupos transnacionais e grupos sociais. Por fim, os atores funcionais não são agentes securitizadores, mas são importantes na teoria, pois afetam direta ou indiretamente a dinâmica de segurança de um determinado setor (VILLA e SANTOS, 2011).

Nesse sentido, há assuntos que são politizados, quando presente na agenda de políticas públicas efetivas; não politizados, quando não é objeto de debate e securitizados, quando “é apresentado, perante uma audiência pública, como ameaça existencial que requer medidas emergenciais situadas fora dos limites dos procedimentos normais da tomada de decisão política (BUZAN, WAEVER e WILDE 1998, p. 23apud SILVA e PEREIRA, 2018, p.4).

O sucesso da securitização dependerá do uso da linguagem apropriada no íterim de um determinado contexto, o que é verificado no discurso, no qual o agente securitizador sustenta a necessidade dessas medidas “que envolve a quebra de regras estabelecidas no âmbito político” (BUZAN, WAEVER e WILDE 1998, p. 25apud SILVA e PEREIRA, 2018, p.4).

Ainda, as medidas extraordinárias adotadas com vistas à eliminação de “ameaças cuja origem possa estar localizada fora das fronteiras estatais” (SILVA e PEREIRA, 2018) remontam à teoria de Carl Schmitt (apud SILVA e PEREIRA, 2018), para quem aqueles que representa uma ameaça, tido como inimigo, à sobrevivência dos cidadãos de um Estado deve ser separado dos “amigos” vinculando a segurança ao conceito de sobrevivência. “Pode ser um terrorista ou um conjunto de imigrantes cujo deslocamento gera consequências à vida dos indivíduos que residem em um determinado país (CARMALI, 2008, p.114 apud SILVA e PEREIRA, 2018, p.5).

A Escola de Copenhague adotou um conceito amplo de segurança, a partir do qual existem ameaças, inclusive não militar, senão veja-se:

1) o militar (que envolveria o uso da força e da coerção por agentes militares); (2) o político (que envolve as ameaças à estabilidade organizacional do Estado); (3) o social (que corresponde às relações entre identidades coletivas em uma sociedade determinada); (4) o econômico (que envolve as ameaças relacionadas à dinâmica econômica internacional e seus reflexos sobre a realidade doméstica); (5) o ambiental (no qual estão as relações entre as atividades humanas e a biosfera planetária). Após definir esses setores, reconhece-se as dificuldades empíricas para separar o

militar, o político e o social. O estudo questiona, por exemplo, os limites do setor político, na medida em que o ato de securitização poderia ser interpretado, também, como um ato político. Para eles, o setor político seria amplo, pois “toda segurança é política. Todas as ameaças e defesas são constituídas e definidas politicamente. Politização é político por definição e por extensão, securitizar também é um ato político” (BUZAN, WAEVER e WILDE, 1998, p. 141, apud SILVA e PEREIRA, 2018, p. 19).

Bracante e Reis (2009, p. 82), ao tratarem da revisão bibliográfica acerca do conceito de segurança societal, que abrange os casos empíricos relacionados às migrações internacionais, demonstram as implicações problemáticas da associação entre migrações e segurança:

Ao sugerir que as ameaças existenciais à segurança societal sejam tratadas de maneira excepcional, Buzan e seus colegas negligenciam a complexidade real dos assuntos envolvidos. A diversidade cultural de um país não pode ser ‘solucionada’ com políticas públicas orientadas para a resolução de crise”

A segurança societal ou identitária, referente à manutenção das características essenciais da comunidade, tais como “sustentabilidade, dentro de condições aceitáveis de evolução, de padrões tradicionais de língua, cultura e identidade e costumes religiosos e nacionais” (BUZAN, WAEVER e WILDE, 1998, p. 8 apud BRACANTE e REIS, 2009, p. 81), ao ser “protegida” como em caráter excepcional, implica na desconsideração da complexidade das relações culturalmente diferentes.

Assim, a garantia da segurança societal implica na reação defensiva em relação ao objeto: se um número significativo de membros da comunidade compreender a entrada de não nacionais como uma ameaça existencial, diz-se que houve securitização. (BRANCANTE e REIS, 2009, p. 9)

Nesse ínterim, destaca-se trecho de crítica a esta concepção:

A racionalidade de diagrama mostra que a securitização não afeta a sobrevivência, e sim a intolerância com relação às diferenças; que mudanças sociais e históricas são percebidas como ameaça ou, em outras palavras, que um fenômeno estrutural é transformado em um adversário. Por meio dessa operação 'mágica', tudo é transformado em objeto de insegurança – a maneira como alguém o olha, seus diferentes hábitos culinários, suas canções – e esta rejeição de toda diferença transforma essas práticas num sintoma da corrosão de uma identidade societal homogênea como fantasiada pelos grupos que declaram sua existência” (BIGO, 2001, p. 100, apud Bracante e Reis, 2009, p. 85)

Para Silva e Pereira (2018), a diversidade cultural de um país merece ser objeto de iniciativas de longo prazo que não usem a lógica maniqueísta da segurança (aliado vs. inimigo), mas procurem resolver conflitos entre grupos diferentes sem entendê-los como ameaça identitária ao resto da sociedade. Assumir a proteção de uma identidade societal qualquer considerando a realidade multicultural da maioria dos Estados provavelmente vai alimentar uma espiral de percepções negativas entre comunidades. Ao se conceber a segurança como um ato do discurso, vai-se aumentando a pauta na agenda política, ganhando conotação emergencial e aumentando as soluções extraordinárias que negligenciam o ordenamento jurídico (SILVA e PEREIRA, 2018).

Nesse sentido, também se posiciona Habermas:

“As discussões relativas à identidade coletiva são, certamente, um componente importante da política; é por meio dela que os participantes também buscam tomar consciência da maneira pela qual eles se compreendem como membros de uma determinada nação, de um bairro ou de um Estado, como habitantes de uma região etc., maneira esta que determinará as tradições que desejam desenvolver, o modo de relacionamento com o qual querem conviver com os grupos marginais, e o tipo de sociedade na qual pretendem viver. No entanto, nas condições do pluralismo cultural e social, os desenhos politicamente significativos escondem, com frequência, interesses e orientações axiológicas que não são constitutivas da identidade da comunidade em seu conjunto, e tampouco da totalidade de uma forma de vida intersubjetivamente compartilhada” (tradução livre de Habermas, 1996, p. 265-266).

A securitização da imigração também é criticada pela identificação das clivagens identitárias às clivagens políticas, como o nazismo, que foi moldado próximo aos arquétipos próximos aos defendidos pela Escola de Copenhague. Tal movimento defendia que os arianos que eram os verdadeiros portadores dos valores germânicos, devendo o governo nacional extrair a “ameaça existencial”, como judeus, ciganos, da identidade coletiva como uma solução final (BRACANTE e REIS, 2009, p. 96-97).

Assim, para os críticos da securitização, a resolução imediata do inimigo como única resposta para questões como a necessidade de evitar o terrorismo, dentre outras, retira o foco do tratamento humano aos demais problemas que integram a complexidade das relações entre fronteiras, além de incorrerem na possibilidade de reação desproporcional que pode constituir um

perigo para o Estado se reagir “de maneiras que desnecessariamente reduzissem os muitos benefícios da migração internacional, inclusive benefícios que aumentam os níveis gerais de segurança do estado e de estabilidade internacional” (ADAMSOM, 2006, p. 198 apud BRACANTE e REIS, 2009, p. 86)

Nesse contexto, em vez de ser destinado ao combate de fatos típicos, antijurídicos e puníveis, o direito penal passa a ser apontado como ferramenta de controle do “risco”, a punição passa a não ser mais destinada para recuperar, mas sim “afastar o mal” (PASTANA, 2016). O afã de afastar o risco e a aptidão pela punição do perigoso para a paz social, a punição passa a não ser mais destinada para recuperar, mas sim “afastar o mal” (PASTANA, 2016, p. 121). Isso porque a restrição de mobilidade decorrente da avaliação da reprovabilidade de uma conduta consiste em um efeito de punição última de um Estado. Para Anitua (2015, p. 830), a retirada de garantias, inclusive, no que se refere à forma típica de condutas “perigosas”, traduz uma ampliação do poder punitivo estatal:

A ampliação do poder punitivo é produzida mediante a tipificação de novas condutas e pela retratação das garantias e dos limites no que concerne à repressão daquelas condutas “clássicas”, advindas da proteção da propriedade como núcleo dos direitos, e inclusive da vagabundagem e demais formas típicas de “classes perigosas”.

Tal ampliação do poder punitivo “produz uma desmedida ampliação deste, acabando por aproximar democracias a Estados totalitários” (KARAM, 2006, p. 96).

Tais aspectos apontam para a existência de uma criminalização em razão da periculosidade e não da culpabilidade, caracterizando o fim da justiça penal não para reabilitar, reeducar ou reinserir na sociedade sujeitos desviantes, mas sim promover a gestão de “grupos populacionais classificados e identificados previamente como perigosos e de risco...” (ANITUA, 2015, p. 815).

Interpreta-se que a securitização é incompatível com o Estado Democrático de Direito, considerando apontar para a ausência dos direitos individuais daqueles tido como inimigos; bem como a omissão da função transformadora do Estado, que deve superar fronteiras, considerando a

prevalência dos direitos humanos; antes, priorizando o enfoque no inimigo, em vez dos bens jurídicos necessários para a realização do direito, e, ainda, face a ausência da participação popular na tomada de decisões. Assim, tais características apontam para uma prevalência da segurança nacional tomada a partir da securitização e não das políticas públicas como ação afirmativa do Estado para o efetivo acesso a bens jurídicos.

Tal concepção revela uma das características da racionalidade penal moderna (PIRES, 2004, p. 39), em que se verificam relações paradoxais entre o direito penal e os direitos humanos, a partir da compreensão da política de austeridade como compatível com os temas da justiça e do humanismo (PIRES, 2004, p. 46); o que reduz a justiça ao sentido dado por uma das teorias da pena, a retribuição do mal com o mal, sendo o humanismo dirigido aos cidadãos “de bem”, à vítima e à humanidade abstratamente considerada (PIRES, 2004, p. 47).

Não se pode também ignorar que o tratamento impedir o ingresso de não nacional que responda a processo em outro país pode se relacionar a aspectos que merecem observação tais como uma possível cooperação entre os estados nacionais com o fim de evitar a revelia processual, no âmbito da extradição, que é uma possibilidade jurídica prevista em tratados e no bojo do artigo 81 da Lei Federal nº 13.445, de 2017 e suas alterações (BRASIL, 2017).

Não obstante, alerta-se que, diante do conceito de Direito Internacional dos Direitos Humanos, tais cooperações devem atuar no sentido de proteger todos os indivíduos, qualquer que seja a sua nacionalidade e independentemente do lugar em que se encontrem (MAZZUOLI, 2020, p. 59).

Tal entendimento se alinha à Teoria de Herrera Flores, no âmbito da necessidade de integração dos países, mormente de origem oriental, na agenda internacional dos direitos humanos, com igualdade de participação dos países do globo. Para tanto, a criação de mecanismos que visam contemplar as especificidades culturais dos países é medida que se impõe, no íterim de uma hermenêutica diatópica. Consoante tal concepção, os direitos humanos, devem ser construídos para além da hegemonia dos direitos humanos estatais e do que os organismos internacionais desejam, mas considerando o indivíduo ante os estados. (FLORES, 2009)

Este argumento, alinha-se, ainda, à concepção da universalidade dos direitos humanos de Ferrajoli (2011), posto que considera a reivindicação de direitos independente da nacionalidade ou cultura.

Assim, há uma correlação entre a primazia da segurança nacional como legado do Estado Polícia e à ausência de respeito aos limites à discricionariedade no Estado Democrático de Direito. Isso porque conceitos abstratos podem veicular conceitos securitistas em nome da discricionariedade, a qual, por sua vez, em um Estado Polícia não encontra limites, sendo, antes, arbitrariedade.

Tal correlação é inclusive feita no bojo das razões de veto mencionadas, que expressou claramente a intenção em atrelar a segurança à discricionariedade.

A palavra discricionariedade originou-se no Estado europeu dos séculos XVI a XVIII, quando o monarca absoluto (*voluntas regis suprema lex*) expressava a soberania decisória. Era a época do chamado Estado de polícia, em que o governo e a Administração Pública confundiam-se totalmente, sendo a discricionariedade equivalente à arbitrariedade. Ao se considerar a vontade do soberano como lei suprema, não fazia sentido cogitar de qualquer limite externo a ela” (BINENBOJM, 2008, p. 195). Portanto, verifica-se que é característica do Estado Polícia o não reconhecimento de limites ao exercício do poder, reservando-se ao soberano a prerrogativa de, ilimitadamente, decidir sobre a condução dos interesses nacionais.

No entanto, conforme demonstrado no capítulo 1, no Estado Democrático de Direito, a discricionariedade é uma possibilidade que decorre da incapacidade de previsão de todas as hipóteses possíveis, sendo manifesta por meio de “opções expressas na lei ou abstratamente concebidas por conceitos jurídicos indeterminados”. No entanto, destes pode ser extraída apenas uma solução válida, considerando o critério científico, empírico ou de experiência; ou, ainda, podem-se comportar expressões valorativas para a apreciação do competente (FRANCISCO, 2009, p. 329).

Conforme analisado no capítulo 1, os conceitos de valor como moralidade, interesse público etc., permitem a apreciação mais subjetiva e fluida de seu sentido, inserindo-se na análise de conveniência e oportunidade pelo titular do ato a ser praticado, pois asseguram a indicação valorativa



daquilo que, no entendimento do titular, é a melhor alternativa para a satisfação do interesse público e de cumprimento da justiça social exigida pelo Estado Democrático de Direito (FRANCISCO, 2009, p. 331).

Não obstante, tal subjetividade deve estar submetida à legalidade, considerando o Estado Democrático de Direito impor a sujeição de limites; bem como à legitimidade, por meio de mecanismos de controle da vontade pelo povo. Nesse sentido, os direitos fundamentais destacam-se não apenas como tais, mas, também, como meios necessários para que o Estado atue positivamente.

Dessa forma, tanto em sendo o ato discricionário expresso, com várias opções ao aplicador da norma, como sendo um conceito jurídico indeterminado, submete-se à limitação das “reservas da lei”, ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, e tais são, em princípio, as que afetam as garantias e os direitos assegurados pela Constituição (art. 5º)(MEIRELLES, 2002, p. 124).

Assim, considerar a discricionariedade sem estar limitada à reserva absoluta da lei e, ainda, aos direitos e garantias individuais, é o mesmo que representar a maximização dos poderes do soberano e, com isso, atentar contra o Estado Democrático de Direito.

Isso porque avocar a possibilidade de realização de juízos de valor sem considerar os limites a que o Estado está sujeito, dentre os quais os direitos e garantias fundamentais, é o mesmo que absolutizar os poderes da autoridade pública.

Assim, a averiguação do respeito ou não aos limites impostos à autoridade soberana e, ainda, pela forma de disposição dos bens jurídicos pelo Estado, se garantida por instrumentos de controle, é um importante balizador da verificação do Estado Democrático de Direito ou do Estado Polícia.

Interpreta-se que, em havendo o respeito aos direitos e garantias fundamentais, e obedecidos os requisitos para a supremacia do interesse público, trata-se de uma possibilidade admitida no Estado Democrático de Direito. Por outro lado, em não respeitando tais prerrogativas e, considerando o fato de que as proposições enunciativas de um discurso são manifestações da ideologia de um Estado (MUSSALIM, 2003), pode-se concluir da característica de uma ação estatal que desconheça limites e que, portanto, remonta ao

subjetivismo ilimitado, concentrado por uma autoridade e, portanto, ao Estado Polícia.

Passadas tais considerações, segue-se com a investigação do direito fundamental proposto: o direito fundamental à presunção de inocência.

### **3. O DIREITO FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A ANÁLISE DO LEGADO DA CRIMINALIZAÇÃO NA POLÍTICA MIGRATÓRIA BRASILEIRA**

Este capítulo objetiva abordar o direito fundamental à presunção de inocência, e à luz dos conceitos operacionais abarcados no capítulo 1, e do atual regramento do impedimento de ingresso, bem como o correspondente histórico, abordados no capítulo 2, proceder à análise do discurso e, então, responder ao problema proposto: a hipótese de impedimento de ingresso a que se refere o inciso IX do artigo 45 da Lei de Migrações representa uma ofensa ao referido postulado e, se, afirmativa a resposta, é uma manifestação de um legado de criminalização do não nacional?

Pode o Estado e, em nome da soberania e da necessidade de se evitar um perigo, interferir no direito de mobilidade das pessoas sem a necessidade da declaração de culpa comprovada, após todos os meios admitidos em direito?

Razões sérias que indiquem o envolvimento de não nacionais em determinados fatos típicos seriam suficientes para impedir a entrada de não nacionais no território brasileiro ante o direito fundamental à presunção de inocência? Tais são os questionamentos que o capítulo objetiva responder.

Para tanto, passa-se a análise do conteúdo do direito fundamental à presunção de inocência, com a análise da origem e interpretação para, finalmente, a partir da aplicação metodológica da análise do discurso, oferecer resposta à problemática apresentada.

#### **3.1 Do conteúdo do direito fundamental à presunção de inocência**

O direito fundamental à presunção de inocência é previsto na Constituição Federal, que no bojo do artigo 5º, LII, assim dispõe:

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

...

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Dessa forma, verifica-se que a culpabilidade de um indivíduo está condicionada à irrecorribilidade de sentença transitada em julgado. Acerca de tal garantia, há uma divergência doutrinária sobre a nomenclatura: uns consideram o termo presunção de inocência impróprio e inadequado, alegando que inviabilizaria qualquer atitude contra o réu na fase investigatória e processual (SOUZA NETTO, 2004, p. 159-160 apud CABETTE, 2015).

Assim, como o texto constitucional decretou a impossibilidade de acusação antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, também não seria possível a decretação da inocência (RANGEL, 2010, p. 24).

Nessa perspectiva, há quem defenda que do termo presunção de inocência derive a impossibilidade de antecipação em desfavor do acusado de qualquer efeito de sentença penal condenatória ainda recorrível, razão pela qual a execução provisória da pena, seja privativa de liberdade ou não, se mostraria inconstitucional, uma vez que não se poderia antecipar o cumprimento da reprimenda de um acusado tido pela Constituição como inocente (DA COSTA, 2009, p. 8 apud GODOI, 2019).

Nesse sentido, alguns preferem utilizar o termo presunção de não culpabilidade, considerando que a impossibilidade de declaração da culpa antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória não significa que o réu ou investigado é inocente, sendo, assim, “admissível a imposição de certos efeitos decorrentes de uma condenação recorrível, desde que não perpassassem pelo reconhecimento expresso e antecipado da culpa” (DA COSTA, 2009, p. 8 apud GODOI, 2019).

De acordo com tal corrente, é juridicamente possível a execução provisória, seja da pena privativa de liberdade, seja da restritiva de direitos, haja vista que a garantia de não-culpabilidade proibiria apenas a antecipação de um dos efeitos da sentença condenatória recorrível, qual seja, o reconhecimento expresso de culpa. Este entendimento foi sumulado pelo STF nos Enunciados 716 e 717 (DA COSTA, 2009, p. 8 apud GODOI, 2019).

Para Leopércio, a jurisprudência conferiu a delimitação do momento exato da declaração da culpa, não se tratando de afirmar, a priori, a inocência do réu, pois, se assim fosse, não haveria a possibilidade da prisão cautelar, a qual sequer depende da existência de ação criminal” (LEOPÉRCIO, 2007, p. 10 apud GODOI, 2019).

Não obstante, para Bento, o termo presunção de culpabilidade está associado a uma das características do período da inquisição, em que vigorava a presunção da culpa do acusado e não havia o trânsito em julgado, sendo possível, a qualquer momento, a retomada dos autos para o questionamento de mesma acusação (BENTO, 2007, p. 32-35 apud JAHNEL, 2020, p. 71).

Para o autor, o termo presunção de inocência surge da humanização dos procedimentos a partir da aplicação de conceitos de Beccaria, como forma de assegurar ao acusado as garantias de defesa em substituição aos meios de obtenção de prova que implicavam na violação dos direitos dos acusados (BENTO, 2007, p. 32-35 apud JAHNEL, 2020, p. 71).

Não obstante, vários autores defendem o termo estado de inocência, sob o argumento de que a inocência é pressuposta inerente do indivíduo, um estado natural que impõe ao Estado a obrigação de observar direitos e garantias fundamentais (PEREIRA, 2011, p. 102 apud GODOI, 2019).

Nessa esteira, para André Luiz Chaves Gaspar de Moraes Faria a previsão traduz uma verdadeira situação jurídica, não se tratando de uma presunção (FARIA, p. 105 apud SILVA, 2016, p. 179).

Para Lopes Junior, a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento, considerando exigir que o réu seja tratado como inocente, atuando em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele” (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 93 apud GODOI, 2019).

Para Nereu Giacomoli, por sua vez, o conteúdo das fórmulas presunção de inocência e de não-culpabilidade seria idêntico e independente de possíveis distinções de purificação conceitual, de modo que a distinção implicaria na redução do alcance da regra humanitária do status *libertatis*, e desvirtuamento do regramento probatório, proteção da liberdade e do tratamento do sujeito como ser humano. Para o autor, o estado de inocência implica na exigência constitucional irrenunciável do grau de valoração do ser humano e da cidadania, bem como da passagem do plano da retórica política à concretização constitucional (GIACOMOLLI, 2015, p. 102 apud SILVA, 2016).

Nessa linha, posiciona-se também Badaró, entendendo que as expressões não-culpável e inocência são variáveis semânticas de um mesmo significado, sendo o esforço da diferenciação de ambas antagônica ao Estado

Democrático de Direito, posto que prioriza a defesa social à individual (BADARÓ, 2015, p. 57 apud JAHNEL, 2020, p. 72).

Tal é a definição terminológica adotada nesta pesquisa: entende-se que o princípio da prevalência dos direitos humanos, bem como da dignidade da pessoa humana e à luz da concepção do direito enquanto resultado provisório de lutas (FLORES, 2009), deve ser conferida a interpretação que mais favoreça o direito do não nacional, tema desta pesquisa.

Antes de discorrer sobre o conteúdo deste postulado, bem como a definição pelo Direito Internacional, mister a compreensão da origem, o que se compatibiliza com a compreensão do direito enquanto resultado provisório de lutas de Herrera Flores (2009). Em se compreendendo o motivo histórico da positivação deste postulado no marco nacional e internacional, otimiza-se o alcance do postulado em relação ao bem jurídico que visa proteger.

O princípio da presunção de inocência tem origem no Direito Romano. No entanto, foi no século XVIII, que tal princípio ganhou maior destaque no contexto do Iluminismo (OLIVEIRA, 2019, p. 17 apud ARAÚJO e PIMENTA, 2020).

Na Antiguidade (1750 a.C.), o regramento penal que vigorava era o chamado Códigode Hamurábi, com fundamento na Lei de Talião, uma compilação de leis que previa que justiça era obtida com o sofrimento do ofensor com o mesmo mal que causou. Para aquela época, o Código de Hamurábi foi um avanço, uma vez que estabelecia a punição somente àquele que praticava o crime, além de desenvolver uma relação entre o delito e a pena (SANTOS, ALCHIERI e FILHO, 2009 apud ARAÚJO E PIMENTA, 2020).

Nesse período, as penas praticadas na Antiguidade, eram diversas de acordo com os delitos e com os acusados, diferenciados entre homens livres e escravos, tais como a pena de compensação, chamas, forca, afogamento, empalação, mutilação, a perda da paz ou expulsão, do clã, e o estigma, que era a marcação corporal. Nesse período, a privação de liberdade não era usada como pena propriamente, mas servia como custódia, até o julgamento ou até o devedor sanar a dívida. Para tais prisões, eram usados os calabouços, ruínas, insalubres decastelos, torres, conventos abandonados (SANTOS, ALCHIERI e FILHO, 2009 apud ARAÚJO E PIMENTA, 2020).

A intenção das referidas penas praticadas na Grécia Antiga era propiciar a retribuição ao dano que fora praticado contra a comunidade. A dinâmica da sociedade era regida com base na troca, a uma ação positiva outra positiva, da mesma forma a uma ação negativa outra negativa (SANTOS, ALCHIERI e FILHO, 2009 apud ARAÚJO E PIMENTA, 2020).

Nesse ínterim, na Idade Média, com a prevalência do Direito Canônico, as penas eram aplicadas com finalidade de expiação e tinham o caráter sagrado. A justiça divina era tida como o modelo, sendo que o sofrimento era um meio de libertação, purgação, e, por isso, as formas cruéis e degradantes de executar as penas não tinham limites (SANTOS, ALCHIERI e FILHO, 2009 apud ARAÚJO E PIMENTA, 2020).

Nesse período, verificava-se uma estrutura de processo penal inquisitório, no qual o ponto de partida era a culpabilidade do acusado, sendo que, para o juízo condenatório, bastava um simples indício, enquanto a inocência precisava ser comprovada (GIACOMOLLI, 2013, p. 440-441 apud JAHNEL, 2020, p. 74). Vigorava o princípio da presunção de culpabilidade, inexistindo as garantias do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência. (BENTO, 2007, p. 31 apud JAHNEL, 2020, p. 74).

Para Bento (2007, p. 19 apud JAHNEL, 2020, p. 72), a evolução do princípio da presunção de inocência é constatada a partir do momento em que se verifica a vulnerabilidade do cidadão em face do exercício da pretensão punitiva estatal.

O modelo inquisitorial, que vigorou entre o século XII e o final do século XVIII, caracterizava-se pela acumulação das funções de acusação, instrução e julgamento no mesmo órgão, qual seja, o juiz, não havendo garantias ao réu, já que se buscava impor a autoridade do Estado sobre a liberdade individual do cidadão (JAHNEL, 2020, p. 74).

Como reação a tal modelo destaca-se Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, que, no bojo do livro “Do Delito e das Penas”, expôs ideias humanitárias direcionadas ao Estado e àqueles que eram considerados acusados de algum crime.

Na época de Beccaria, no âmbito do direito penal, vigorava a vingança coletiva, a prática de torturas, penas de morte, prisões desumanas, cruéis, banimentos. Vale o registro de um trecho do livro ora em comento:

O tratado Dos Delitos e das Penas é a filosofia francesa aplicada à legislação penal: contra a tradição jurídica, invoca a razão e o sentimento; faz-se porta-voz dos protestos da consciência pública contra os julgamentos secretos, o juramento imposto aos acusados, a tortura, a confiscação, as penas infamantes, a desigualdade ante o castigo, a atrocidade dos suplícios; estabelece limites entre a justiça divina e a justiça humana, entre os pecados e os delitos; condena o direito de vingança e toma por base do direito de punir a utilidade social; declara a pena de morte inútil e reclama a proporcionalidade das penas aos delitos, assim como a separação do poder judiciário e do poder legislativo. Nenhum livro fora tão oportuno e o seu sucesso foi verdadeiramente extraordinário, sobretudo entre os filósofos franceses. (...) (BECCARIA, 1764, p. 4).

Conforme o trecho acima exposto, Beccaria buscava combater o sistema penal vigente em sua época por meio da razão e do sentimento. O autor estava nitidamente envolvido com o movimento do Iluminismo, o chamado “século das luzes”, em que se preconizava uma sociedade racional e humana sobre a autoridade e os preconceitos, com o fim de acabar com a tirania, com o despotismo, o excesso de poder clerical e a superstição (FILHO, 2010). Beccaria contribuiu para o início do paradigma da presunção de inocência, quando assim escreveu (BECCARIA, 1764 apud JAHNEL, 2020, p. 75 e 76):

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida. Só o direito da força pode, pois, autorizar um juiz a infligir uma pena a um cidadão quando ainda se duvida se ele é inocente ou culpado. Eis uma proposição bem simples: ou o delito é certo, ou é incerto. Se é certo, só deve ser punido com a pena fixada pela lei, e a tortura é inútil, pois já não se tem necessidade das confissões do acusado. Se o delito é certo, não é hediondo atormentar um inocente? Com efeito, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não se provou

A transição da Idade Média para a Modernidade, especialmente na Europa, foi marcada por grandes transformações no campo econômico que refletiram na sociedade, no modo de conceber o mundo, e gerou uma infinidade de consequência sem várias esferas (ARAÚJO e PIMENTA, 2020).

Nessa época, a sociedade não reconhecia mais o suplício do corpo com o meio eficaz de punição, que era necessária, mas realizada de outra forma. Nesse contexto, é que a prisão foi tida como uma pena efetivamente



legítima e considerada humana, até mesmo porque a liberdade era o principal direito a ser garantido nesse momento pelo tamanho valor que ganhara. Dessa forma, privar uma pessoa de sua liberdade quando praticado um crime fazia mais sentido (SANTOS, ALCHIERI e FILHO, 2009 apud ARAÚJO e PIMENTA, 2020).

Nesse período, os reformadores do direito penal buscaram combater a arbitrariedade judicial, as desigualdades de classes que eram base para as punições, e, ainda, os meios cruéis e desumanos de aplicação da pena. A ideia do livre arbítrio era associada ao delito: o indivíduo era livre para escolher, mas responsabilizado pelas suas escolhas, sendo que a função da pena era associada à natureza do delito e não à pessoa (SANTOS, ALCHIERI e FILHO, 2009 apud ARAÚJO e PIMENTA, 2020).

No final do século XVIII, o período do Liberalismo destacou-se pelo reforço da limitação à atuação do Estado, o qual devia atuar com respeito à esfera individual das pessoas e, portanto, em uma conduta de não fazer, de prestação negativa, abstendo-se da interferência na vida privada dos indivíduos e da regulação de normas que lhes impactem diretamente, tais como o mercado de trabalho (OLIVEIRA, 2019, p. 17).

Tratava-se da época do Estado Mínimo, do *laissez-faire*, o fim do Absolutismo pelas Revoluções Francesa e Americana, as quais ressaltavam os direitos individuais, da propriedade, do mercado financeiro, da igualdade formal entre as pessoas. De fato, esse foi um período de extrema importância para a humanidade, embora insuficiente para atingir a harmonia social (OLIVEIRA, 2019, p. 17).

Não obstante, com o passar do tempo, a desigualdade social manifesta por condições precárias de trabalho, moradia, higiene, alimentação, vestuário, exploração do homem pelo homem, culminaram em outra revolução: a da classe proletária, orquestrada por socialistas, sendo reconhecida a incapacidade da igualdade formal, reconhecida tão somente no plano ideal, para a satisfação dos interesses sociais (OLIVEIRA, 2019, p. 17).

Dessa forma, passou-se a ventilar intensamente a função do Estado em garantir o mínimo para todos usufruírem de uma vida digna, a proporcionar uma igualdade material, e não formal apenas: concepção

denominada Estado do bem-estar social, *Welfare State*, ou, ainda, Estado Providência (OLIVEIRA, 2019, p. 17).

Desse modo, verifica-se que a luta pela inocência perpassa por contextos de abusos contra a dignidade do homem por parte de um Estado que objetivava impor sua força.

Passadas as noções históricas do direito fundamental à presunção de inocência, impende-se o estudo do conteúdo, interpretação jurisprudencial e consideração pelo Direito internacional. Para Maurício Zanoide de Moraes (2008), tal direito compreende um significado de ‘norma de tratamento’, relacionado mais diretamente com a figura do imputado, e outros dois significados (‘norma de juízo’ e ‘norma probatória’), mais ligados à matéria probatória”. Em linhas gerais, a compreensão da garantia é ampla: condiciona a necessidade de trânsito em julgado para a decretação de medidas punitivas; prevê que o ônus de provar, lícitamente, os elementos do crime e possibilidade de aplicação da pena no caso concreto recai sobre a acusação; e, ainda, que o material probatório produzido deve ser suficiente para afastar a presunção de inocência e, portanto, condenar o acusado (MORAES, 2008, p. 462 apud SILVA, 2016).

Para Nucci (NUCCI, 2016, p. 34, apud CUNHA, 2020), tal princípio tem por objetivo garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa, considerando que para quebrar a regra da inocência enquanto estado natural das pessoas, o Estado-acusação deve evidenciar, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu. Nesse íterim, destaca a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, quando imprescindível à instrução e à ordem pública.

Para Giacomolli (2013, p. 442, apud MUNIZ e TOLEDO, 2018, p. 222-223), o princípio da presunção de inocência representa o afastamento das bases inquisitoriais, em que vigorava o princípio da presunção de culpabilidade:

A presunção de inocência é um princípio de elevado potencial político e jurídico, indicativo de um modelo basilar e ideológico de processo penal. Este, quando estruturado, interpretado e aplicado, há de seguir o signo da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana, afastando-se das bases inquisitoriais, as quais partiam do pressuposto contrário, ou seja, da presunção da culpabilidade da pessoa.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos preleciona que até que a culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas, toda pessoa acusada se presume inocente (art. 11, 1.).

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em seu art. XXVI estabelece que, em um processo regular, “parte-se do princípio de que todo acusado é inocente, até provar-se lhe a culpabilidade”.

O Pacto de San José da Costa Rica – Convenção Interamericana de Direitos Humanos preconiza no artigo 8º que *“toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”*.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), que, juntamente com a DUDH, integra o sistema universal de proteção dos direitos humanos, assegura a presunção juntamente com as demais garantias pessoais do acusado:

Artigo 8º -Garantias judiciais<sup>1</sup>. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.<sup>2</sup> Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; eh) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

Dessa forma, fica o Estado proibido de antecipar a pena, é o que conclui Gomes e Mazzuoli a partir de uma decisão da Corte Americana (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 106):

Caso Cantoral Benavidez, sentença em 18.08.2000, parágrafo 119: “Como regra de tratamento a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância. É contrária a presunção de inocência a exibição de uma pessoa nos meios de comunicação vestida com traje infamante.

O Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer forma de Detenção ou Prisão, em seu princípio nº 36, estabelece que:

A pessoa detida, suspeita ou acusada da prática de infração penal presume-se inocente, devendo ser tratada como tal até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida no decurso de um processo público em que tenha gozado de todas as garantias necessárias à sua defesa (CIDH, 2008).

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional em seu artigo 6º prevê que:

Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável; 2. Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado; 3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.

No Relatório nº 16/01, no bojo do Caso 11.992, a Comissão Interamericana, apontou a universalidade dos princípios gerais de direito, firmou entendimento de que é garantido ao indivíduo o direito de ser considerado inocente até que se comprove a culpa mediante uma decisão transitada em julgado, sendo tal postulado a origem das garantias judiciais.

A CIDH determinou que as características pessoais do acusado ou a gravidade dos delitos a ele imputados não são justificativas aptas a autorizar o decreto da prisão preventiva:

Este Tribunal ha precisado también que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida al proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Sin embargo, aún verificado este extremo, la privación de libertad del procesado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. Concordantemente, las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. El peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto (CIDH, 2013, p. 52).

Dessa forma, verifica-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos reconhece que as pessoas são presumidas inocentes até que seja declarada a culpabilidade e após o exercício de todas as garantias de defesa asseguradas.

Para Ferrajoli, a presunção de inocência é uma garantia de liberdade, verdade e de segurança expressa pela confiança dos cidadãos na justiça e na defesa contra o arbítrio e autoritarismo, senão veja-se:

Disso decorre - se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos, mas também pelas penas arbitrárias - que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica "segurança" fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica "defesa" destes contra o arbítrio punitivo. Por isso, o sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos. Toda vez que o imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito (...) (FERRAJOLI, 2015, p. 506).

Da lição de Ferrajoli, depreende-se que a violação à presunção de inocência traduz-se em autoritarismo e na segurança tomada a partir do Estado e não do indivíduo, o que remonta à securitização a que se referiu o capítulo anterior.

Nesse sentido, Celso Lafer (LAFER, 1998, p. 126) aponta que se trata de um direito de primeira dimensão, o que se opõe à uma concepção soberanista de Estado:

(...) na interação entre governantes e governados que antecede a Revolução Americana e a Revolução Francesa, os direitos do homem surgem e se afirmam como direitos do indivíduo face ao poder do soberano no Estado absolutista (...). Os direitos humanos da Declaração de Virgínia e da Declaração Francesa de 1789 são, neste sentido, direitos humanos de primeira geração, que se baseiam numa clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social. Por isso, são direitos individuais: (I) quanto ao modo de exercício - é individualmente que se afirma, por exemplo, a liberdade de opinião; (II) quanto ao sujeito passivo do direito - pois o titular do direito individual pode afirmá-lo em relação a todos os demais indivíduos, já que estes direitos têm como limite o reconhecimento do direito do outro (...)

Para Ferrajoli, na lógica garantista, a lei penal deve ser uma resposta somente aos problemas sociais duradouros e gerais, não devendo direcionar-se a situações atípicas e excepcionais. Deve-se preservar as características de generalidade e abstração da lei penal, ressaltando a ameaça às garantias jurídicas inerentes ao Estado de direito que constitui a legislação penal de emergência (BARATTA, 1987).

Nesse sentido, o processo penal se destaca como limitador do poder de punir do Estado, atuando como “de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado” (LOPES JÚNIOR, 2005, p. 37).

Jesús-María Silva Sánchez (2013), ao abordar sobre os pressupostos sociopolíticos da atribuição de responsabilidade penal, afirma que o Estado só pode qualificar como sujeito de responsabilidade e atribuir um juízo de reprovação por uma conduta a quem possa, simultaneamente, qualificar-se como sujeitos de proteção e, ainda, a quem preenche os requisitos psicológico-normativos que permitam a imputação pessoal no caso concreto.

Acerca do conceito de sujeito de proteção, verificam-se diferentes resultados no que se relaciona à culpabilidade e ingresso a depender da concepção de cidadania adotada e, conseqüentemente, diferentes relações jurídicas entre não nacionais para com um determinado Estado.

De acordo com as definições apresentadas e à luz dos demais conceitos operacionais tratados no capítulo 1, verifica-se que o conteúdo do direito fundamental à presunção de inocência está relacionado com a conquista pelo acusado de não ter contra si a presunção de culpabilidade decorrente do Estado totalitário.

Não obstante, alerta-se para a recente interpretação do STF, que admitiu, no julgamento do HC 126292/SP, a possibilidade de prisão automática decorrente de condenação de segunda instância, aduzindo o voto vencedor do ministro relator que:

Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado [...].

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fática probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa.”

(...)

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Observa-se que o STF, que se referiu ao princípio da não-culpabilidade, admitiu a antecipação do efeito condenatório como legítimo em função do esgotamento do exame de fato e de provas, o que perdurou até 7 de novembro de 2019, com a alteração do entendimento para a vedação à execução provisória da pena (CUNHA, 2020).

Passadas as considerações relacionadas à origem, conteúdo e interpretação do princípio da presunção de inocência, passa-se a discorrer sobre a análise do discurso da legislação migratória no que se refere ao

ingresso, considerado o resgate histórico, com, finalmente, o oferecimento da resposta à problemática apresentada.

### **3.2 Do impedimento de ingresso previsto no inciso IX da Lei de Migrações: um legado de criminalização na Política Migratória?**

De acordo com a metodologia utilizada nessa pesquisa, os discursos, considerando as condições sociais e históricas que permitiram que eles fossem produzidos e gerassem determinados efeitos de sentido e não outros (MUSSALIM, 2003, p. 112), manifestam as posições ideológicas dos sujeitos envolvidos, produzindo um “assujeitamento ideológico”, ou a assunção de determinada posição ventilada a partir da ideologia presente (MUSSALIM, 2003, p. 133).

O discurso, então, é um conjunto de enunciados pertencentes a uma mesma formação discursiva (BRANDÃO, 2004, p. 33), que, depende das condições de produção da formação ideológica e do assujeitamento ideológico, o qual consiste em fazer com que cada indivíduo, inconscientemente, seja “levado a ocupar o lugar” determinado pela ideologia (MUSSALIM, 2003, p. 135).

De acordo com tal método, o sujeito não é totalmente livre; pois sofre as coerções da formação discursiva regulada por uma formação ideológica própria do seu contexto. Assim, o lugar que ocupa é ditado pela formação ideológica que preestabelece as possibilidades de sentido de seu discurso (MUSSALIM, 2003, p. 133). Consoante tal concepção, o indivíduo se ilude duplamente: por esquecer-se que é assujeitado pela ideologia que lhe outorga determinado lugar de acordo com as concepções dela; em ainda, por julgar, erroneamente, que pode controlar os sentidos do seu discurso (MUSSALIM, 2003, p. 133).

Esse conceito é muito importante para esta pesquisa, já que se objetiva a análise do cumprimento do Estado enquanto garantidor dos bens a que os não nacionais devem ter acesso, considerando o direito como resultado provisório de lutas (FLORES, 2009) e considerada a característica da universalidade dos direitos, que independe da nacionalidade e implica na



submissão da soberania aos limites existentes em um Estado Democrático de Direito e à ordem internacional.

Ora, reiterando que o Estado expressa sua vontade por meio de atos normativos, o discurso a ser analisado, nesta pesquisa, é a Lei Federal nº 13.445, de 2017 e suas alterações, bem como os atos normativos acessórios e, por consequência, da interpretação do STF acerca do princípio em comento.

A ideologia que se visa o estudo é a criminalização do imigrante e, portanto, da restrição de direitos e desconsideração das lutas que antecederam a positivação dos direitos humanos.

Daí a importância de se pensar criticamente os direitos e, mormente, as normas, importantes meios do quais o Estado se vale para expressar a vontade, ideologia, e o lugar que destina para os indivíduos e, nesse estudo, para os não nacionais.

À luz dos conceitos operacionais do universalismo (FERRAJOLI), da dignidade da pessoa humana, da prevalência dos direitos humanos, do Estado Democrático de Direito, da cidadania global, e do direito como resultado provisório de lutas (FLORES, 2006), opina-se que a hipótese de impedimento de ingresso prevista no inciso IX do artigo 45 da Lei de Migrações, da maneira como se encontra regulamentada pela Portaria nº 770, de 2019, representa uma ofensa ao direito fundamental à presunção de inocência, considerando a ofensa à universalidade de direitos que são atribuídos a todos (FERRAJOLI, 2001), independentemente da nacionalidade, considerando a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, o fundamento na dignidade da pessoa humana; e, ainda, traduz-se em um legado de criminalização do não nacional, o que a seguir passa-se a expor, considerando o contexto histórico das legislações anteriores, as quais fazem parte da formação discursiva relativa ao ingresso, fornecendo as bases ideológicas que antecederam o regramento atual, considerado o Direito como resultado provisório de lutas (FLORES, 2006). Assim, com o fim de demonstrar o raciocínio que antecederam tais resultados, mister a avocação dos enunciados já revogados, com o fim de compreender a formação ideológica que sucedeu o discurso atual. Nesse ínterim, o ingresso é tomado em sentido lato, interpretando-se que as proposições relativas à expulsão são importantes para a compreensão da base ideológica e das lutas que antecederam os direitos.

No tocante ao Decreto Federal nº 847, de 11 de outubro de 1890 – Código Criminal, a utilização do termo deportação ou expulsão de estrangeiros vadios (1890, artigos 399 e 400, parágrafo único), enquanto o banimento era destinado aos nacionais, com a perda dos direitos políticos destes, e aos estrangeiros (1890, art. 46), que sequer os tinha, demonstra diferenciação expressa que se fazia acerca do tratamento entre um estrangeiro e um nacional e a utilização do Direito Penal como instrumento para tal diferenciação e eliminação do “perigo”. Ainda, verifica-se a utilização de conceito abstrato e dependente de juízo valorativo pela autoridade migratória.

No Decreto nº 1641, de 1907, que vigorou durante a primeira república, era prevista a expulsão do estrangeiro que, por qualquer motivo, compromettesse a segurança nacional ou a tranquilidade pública (BRASIL, 1907, art. 1º).

Ainda, eram causas da expulsão “a condenação ou processo pelos tribunais estrangeiros por crimes ou delitos de natureza comum”, “duas condenações, pelo menos, pelos tribunais brasileiros, por crimes ou delitos de natureza comum” e “a vagabundagem, a mendicidade e o lenocínio competentemente verificados.” (1907, art. 2º, 1º, 2º e 3º).

Ao estrangeiro expulso que retornasse ao país era prevista a pena de um a três anos de prisão com posterior expulsão (1907, art. 9º).

Dessa forma, verifica-se a utilização de conceito abstrato e dependente de valoração, a consideração do não nacional como um risco para a segurança nacional e, ainda, a não observância do requisito do trânsito em julgado para os crimes caracterizadores da expulsão.

No Decreto nº 4.247, de 1921, que também criminalizava o reingresso do estrangeiro expulso do território nacional (art. 6º), prevendo a expulsão de pessoa que a polícia de outro país o tem como elemento pernicioso à ordem pública (art. 2º), que, “pela sua conduta, se considera nocivo à ordem pública ou à segurança nacional;” (art. 4º) e que “se evadiu de outro país por ter sido condenado por crime de homicídio, furto, roubo, bancarrota, falsidade, contrabando, estelionato, moeda falsa ou lenocínio;” (art. 5º), verifica-se a utilização de conceito abstrato e dependente de valoração, a consideração do não nacional como um risco para a segurança nacional e, ainda, a não

observância do requisito do trânsito em julgado para os crimes caracterizadores da expulsão.

No Decreto nº 19.482, de 12 de dezembro de 1930, que previa, que:

(...) uma das causas do desemprego se encontra na entrada desordenada de estrangeiros, que nem sempre trazem o concurso útil de quaisquer capacidades, mas frequentemente contribuem para o aumento da desordem econômica e da insegurança social (BRASIL, 1930).

(...)

Art. 2º Salvo o disposto no artigo anterior, a nenhum estrangeiro que pretenda, vindo para o Brasil, nele permanecer por mais de 30 dias, será permitida a entrada sem provar que possuem, no mínimo, quantia correspondente, em moeda nacional, a dois e três contos de réis, tratando-se, respectivamente, de indivíduos até doze anos e maiores de doze anos de idade.

§ 1º A condição de posses pecuniárias poderá ser satisfeita por fiança idônea.

§ 2º À chegada do navio, deverão os estrangeiros declarar desde logo, às autoridades policiais, o tempo de sua permanência e os fins que os trouxeram a este país.

Art. 3º Todos os indivíduos, empresas, associações, companhias e firmas comerciais, que explorem, ou não, concessões do Governo federal ou dos Governos estaduais e municipais, ou que, com esses Governos contratem quaisquer fornecimentos, serviços ou obras, ficam obrigadas a demonstrar perante o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, dentro do prazo de noventa dias, contados da data da publicação do presente decreto, que ocupam, entre os seus empregados, de todas as categorias, dois terços, pelo menos, de brasileiros natos.

Parágrafo único. Somente na falta, de brasileiros natos, e para serviços rigorosamente técnicos, a juízo do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, poderá ser alterada aquela proporção, admitindo-se, neste caso, brasileiros naturalizados, em primeiro lugar, e, depois, os estrangeiros.

vê-se a consideração expressa do não nacional como um risco e prejuízo aos interesses nacionais, com a negligência da função ativa do Estado na condução de políticas públicas e entrada condicionada à contraprestação pecuniária, demonstrando um tratamento desumano e objetificado do não nacional.

Na Lei de Cota -Decreto Federal nº 20.291, de 12 de agosto de 1931, destacando-se os seguintes dispositivos, depreende-se a discriminação expressa entre nacionais e não nacionais, sendo estes considerados inferiores em relação àqueles pela possibilidade de prioridade na demissão (BRASIL, 1931, art. 7º).

No Decreto nº 7967, de 18 de setembro de 1945, que condicionava o ingresso à demonstração do “fator de progresso para o país” (1945, preâmbulo) e, ainda previa:

Art.2º Atender-se-á, na admissão dos imigrantes, à necessidade de preservar e desenvolver, na composição étnica da população, as características mais convenientes da sua ascendência europeia, assim como a defesa do trabalhador nacional.

verifica-se a discriminação expressa em relação à origem dos não nacionais, sendo considerada a superioridade europeia, princípio orientador para o ingresso e, ainda, ao tratamento do trabalhador não nacional em relação ao nacional.

No Decreto-Lei nº 941, de 13 de outubro de 1969, que previa a não concessão de visto ao estrangeiro que fosse “nocivo à ordem pública” (art. 5º, II) e a expulsão de estrangeiro que atentasse contra a segurança nacional, ordem política, tranquilidade ou “cujo procedimento o torne nocivo ou perigoso à conveniência e aos interesses nacionais” (1969, art. 73), mais uma vez, se verifica a utilização de conceitos abstratos avaliados pela autoridade migratória, sendo o não nacional considerado um risco e um perigo a ser evitado.

No Estatuto do Estrangeiro – Lei Federal nº 6.815, de 1980 e suas alterações e o respectivo regulamento, Decreto Federal nº 86.715, de 1981 e suas alterações, são citadas 13 (treze) vezes o termo estrangeiro, havendo um capítulo específico para tratar dos Crimes e das Penas (capítulo II), prevendo o artigo 8º pena de reclusão de 3 a 10 anos a quem “aliciar indivíduos de outra nação para que invadam o território brasileiro, seja qual for o motivo ou pretexto”.

Ainda, verificam-se extensas referências aos interesses nacionais (arts. 1º, 2º, 3º, 65, 67) e aos nacionais (art. 2º em detrimento dos interesses dos não-nacionais (art. 7º, II).

Também, se constata o alto grau de abstração de adjetivos utilizados como ensejadores da negativa de visto e da expulsão, tais como “nocivo à ordem pública ou aos interesses nacionais” presente no artigo 7º, II, do Estatuto (1980); e ato atentatório à segurança nacional, ordem política ou a social, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais (art. 65).

Alerta-se para o amplo poder decisório da Polícia Federal (BRASIL, 1980, art. 3º, § 4º, art. 134), que poderia escolher, por qualquer motivo, a concessão ou não de visto ao não nacional.

A partir dos enunciados relacionados ao ingresso em sentido lato que integram histórico da política migratória brasileira alhures apresentados, é possível identificar que em todos há uma supremacia dos interesses internos do Estado, tomados a partir de uma ideologia que considerava o nacional como mais importante em matéria de direitos em detrimento do não nacional, concebido como instrumento para a realização dos interesses econômicos estatais e, principalmente, como um perigo a ser evitado.

Nesse íterim, verificou-se a consideração do imigrante como uma ameaça existencial, compreendendo-se o tratamento do não nacional como uma quebra das regras gerais estabelecidas aos nacionais, adotando-se medidas que demonstravam o cunho extraordinário e excepcional do problema da imigração.

Interpreta-se que os não nacionais, nos discursos supracitados, foram concebidos como inimigos, e não como sujeitos de direitos e de proteção pelo Estado, sendo possível verificar várias características ressaltadas pela Escola de Copenhague (BUZAN, WAEVER e WILDE, 1998, p. 141, apud SILVA e PEREIRA, 2018, p. 19), no tocante ao imigrante como ameaça à estabilidade organizacional, econômica e social e, mormente, à sobrevivência do Estado Nacional.

A securitização, assim, é evidente, tendo sido utilizada uma linguagem expressa no sentido de sustentar a necessidade de medidas restritivas ao ingresso, com base no perigo e na ameaça que os não nacionais representavam.

Assim, interpreta-se que a formação ideológica dos discursos apresentados foi baseada na valorização da soberania, dos interesses nacionais, em detrimento da consideração dos não nacionais como pessoas. O mecanismo de recepção pela Polícia Federal, a exigência de fiança para o ingresso, proporcionou o assujeitamento (MUSSALIM, 2003, p. 135) do não nacional como um perigo e do nacional como superior em direitos e da autoridade migratória como apta para a consideração do juízo de valor aferido

sobre o não nacional acerca de conteúdos que ofendiam a presunção de inocência do não nacional.

Opina-se que a alta carga de discricionariedade sem limites à ação estatal, remete ao Estado Polícia, no qual os poderes do soberano não encontravam limites externos, podendo decidir, ilimitadamente, sobre a condução dos interesses nacionais (BINENBOJM, 2008, p. 195).

O estado do não nacional era o da culpabilidade, não tendo garantias de provar o contrário, a menos quando, em determinado contexto, demonstrava poder aquisitivo econômico, quando pagasse fiança; o que remete ao período inquisitorial (BENTO, 2007, p. 32-35 apud JAHNEL, 2020, p. 71).

Portanto, verifica-se que os discursos passados pautavam-se pela prevalência dos interesses internos, pela nacionalidade como pressuposto para o exercício dos direitos, pela consideração do nacional como um perigo e, não em face da sua dignidade, e, ainda, sem limites à interpretação de conceitos abstratos, caracterizando, portanto, uma concepção soberanista e de desconstrução de direitos. Passadas as interpretações acerca dos elementos da formação dos discursos revogados atinentes ao ingresso do não nacional, segue-se com a análise do discurso atual, a saber, da Lei Federal nº 13.445, de 2017 e suas alterações e os respectivos regulamentos – Decreto nº 9.199, de 20 de dezembro de 2017; Portarias nºs 666 e 770, ambas de 2019.

No atual regramento do impedimento de ingresso, a polícia federal é órgão competente para os procedimentos relativos ao ingresso (2017, art. 58), sendo impedida de ingressar no país, além daquela que tenha praticado determinados crimes previstos na lei, pessoa que tenha atentado contra princípios e objetivos dispostos na Constituição (art. 45, IX).

Nesse íterim, a Portaria nº 666, de 25 de julho de 2019 e, posteriormente, a Portaria nº 770, de 11 de outubro de 2019, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, conferiram o conceito de direito material para a hipótese em referência, sustentando como tal, respectivamente, a mera suspeita e razões sérias que indiquem o envolvimento dessas pessoas nos seguintes tipos penais, que podem ser conhecidos por sentença condenatória ou investigação criminal em curso após conhecimento e avaliação pela autoridade migratória (2019, § 1º, IV e V).

Art. 2º Para os efeitos desta Portaria, é **considerada pessoa perigosa ou que tenha praticado ato contrário aos princípios e objetivos** dispostos na Constituição Federal aquela sobre a qual recaem razões sérias que indiquem envolvimento em:

I - terrorismo, nos termos da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016;

II - grupo criminoso organizado ou associação criminosa armada ou que tenha armas à disposição, nos termos da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013;

III - tráfico de drogas, pessoas ou armas de fogo; ou

IV - pornografia ou exploração sexual infanto-juvenil.

Verificam-se adjetivos pejorativos e com conteúdo abstrato como “pessoa perigosa” e “nocivo à ordem pública”, que apontam para a consideração do não-nacional como um risco a ser evitado a partir de conceitos abstratos a serem avaliados pela autoridade migratória, sem menção aos limites para tanto.

Ainda, vê-se a polícia federal como órgão competente para os procedimentos relativos ao ingresso e, ainda, a concentração das funções de investigação, instauração e decisão em uma única autoridade.

Nesse aspecto, opina-se que a concentração de amplos poderes valorativos acerca de matérias que são reservadas à lei nas mãos de uma única autoridade e à revelia dos direitos e garantias fundamentais remete ao Estado Polícia.

Outrossim, embora a Lei tenha reserva absoluta para tratar sobre os requisitos para a entrada, verifica-se que a Portaria inovou no conceito de tipos penais a serem considerados como impeditivos desta, contrariando o requisito do trânsito em julgado para a configuração dos mesmos.

A partir das noções apontadas, relacionando à análise da existência da supremacia da segurança nacional pelo impedimento de ingresso, verifica-se que se trata do mesmo que investigar a securitização no bojo do discurso do Estado brasileiro, ou melhor, dos discursos, já que se pretende a análise da existência de um legado de priorização da segurança em detrimento da consideração do não nacional como um igual e não como um perigo a ser evitado.

Interpreta-se que, no discurso atual do regulamento da Lei de Migrações, o não nacional ainda é considerado uma ameaça. Verifica-se a mesma utilização presente nos discursos anteriores de conceitos abstratos relacionados a juízos de valor avaliados, conhecidos e decididos pela

autoridade migratória a não nacionais como “pessoa perigosa” (2019, art. 2º) os quais serão avaliados pela autoridade migratória (2019, art. 2º) sem a limitação do direito fundamental à presunção de inocência.

Ao fazer referência a atos atentatórios a princípios e objetivos da Constituição Federal, no Estado Democrático de Direito, a técnica legislativa é utilizada como um instrumento para o atendimento do princípio da legalidade. Assim, se fosse pela lógica de um Estado garantista, que se submete ao controle de conteúdo e de forma, haveria a automática submissão ao princípio da presunção de inocência, à prevalência dos direitos humanos, à dignidade da pessoa humana, que se destacam como os princípios e objetivos da Constituição Federal a que se refere a hipótese do inciso IX do artigo 45.

Não obstante, uma portaria, qualificou o conceito de princípios e objetivos, não fazendo referência aos postulados da Constituição Federal, antes, ofendendo, diretamente o requisito do trânsito em julgado previsto expressamente na Constituição Federal para a configuração da culpa (1988, art. 5º, LVII).

Ainda, os conceitos abstratos utilizados para o impedimento de não nacionais são avaliados, conhecidos e decididos por uma mesma autoridade, o que remete ao Estado Polícia (SILVA JÚNIOR, 2008).

Ao ignorar a aplicação do direito fundamental à presunção de inocência ao não nacional está-se, como nos discursos passados, por considerá-lo inferior com base na nacionalidade compreendida como requisito necessário para o exercício de direitos.

Das lições de Ferrajoli (2001), depreende-se que sobre as pessoas de carne osso não nacionais deve ser conferida a primazia dos direitos fundamentais, sendo irrelevante a posição geográfica ou territorial, ou, ainda, os requisitos para a entrada pela entidade soberana, já que os direitos fundamentais, dentre os quais o da presunção de inocência, representam fragmentos dessa soberania sendo limitadores da ação do poder público.

Relacionando-se tal fundamento com o impedimento de ingresso por atos contrários aos objetivos e garantias da Constituição, impende-se a tolerância das diferenças de identidade, sendo os direitos fundamentais inerentes ao indivíduo e não à cultura, em si.



Mesmo a definição de cidadania atrelada à nacionalidade, a garantia dos direitos fundamentais como direitos iguais, implica no fim das recíprocas exclusões étnicas, nacionais, dentre outras.

Dessa forma, a cominação de critérios por meio de regulamento e, ainda, que contenham juízos valorativos, antes, demonstra a alta subjetividade que é oposta à democratização do Estado.

Ainda, no que se refere à presunção de inocência, verifica-se que o atual discurso considera a presunção da ameaça e, portanto, da culpabilidade do não nacional. Ao restringir o ingresso sem a consideração do trânsito em julgado, considerada a previsão de “pessoa perigosa” (2019, art. 2º), está-se por considerar a paz social interna como superior à interpretação que mais favoreça a pessoa no âmbito das relações internacionais, o que demonstra uma conotação soberanista, que ofende a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, a dignidade da pessoa humana e, principalmente, representa uma desconstrução do direito da presunção de inocência.

Nesse sentido, opina-se que a regulamentação do inciso IX do artigo 45 da Lei de Migrações efetuada pela Portaria nº 770, de 2019, representa uma ofensa ao princípio da presunção de inocência, representando um legado de criminalização do não nacional.

Assim, surge a questão: nesse caso, a hipótese do inciso IX do artigo 45 da Lei de Migrações não ofenderia à presunção de inocência, já que remete aos princípios e objetivos da Constituição Federal? Opina-se que a interpretação recente do STF pela possibilidade de execução provisória da pena, apesar de alterada, colabora para a verificação do assujeitamento ideológico presente nos discursos relativos ao ingresso.

Não se trata assim, de uma violação pontual de um dispositivo legal, mas de um sistema caracterizado por um pensamento que ainda considera as decisões tomadas no plano interno como superiores. A própria Lei de Migrações ignora a presunção de inocência em outros dispositivos que, apesar de não serem o objeto dessa pesquisa, foram mencionados no capítulo 2 (BRASIL, 2019, art. 45, II, III).

Portanto, opina-se que a previsão do inciso IX do artigo 45 da Lei de Migrações integra a formação discursiva de ofensa à presunção de inocência, representando, assim, um legado de criminalização do não nacional.

## CONCLUSÃO

No bojo do capítulo 1, foram apontados os argumentos que visam responder à questão sobre quais direitos que, por visarem à dignidade da pessoa humana, devem contar com os meios necessários para a implementação pelo Estado. As respostas fornecidas são base para a compreensão do cerne do problema proposto: para saber se a previsão de impedimento de ingresso estudada representa um legado de criminalização do não nacional, mister a compreensão se o direito fundamental à presunção de inocência também se aplica aos não nacionais, diante de características como a soberania e a suposta legitimidade que tal atributo proporciona no que se refere à cominação de critérios de entrada pelo Estado.

A interpretação que se dá, diante das lições da Teoria Garantista, é a de que o direito de não ser considerado presumidamente culpado decorre de lutas contra à presunção de culpa do acusado que vigorava em épocas como o regime inquisitorial. Ao ser uma característica de limitação à força do Estado, interpreta-se que não considerar o direito fundamental à presunção de inocência àqueles que nasceram em outro país, mas que são iguais em dignidade, bem como considerada a necessidade de proteção das diferenças, sem a exclusão de quaisquer pessoas, inclusive daqueles que nasceram em outro país, representa um privilégio da ordem interna e, portanto, em uma concepção soberanista.

Ademais, de acordo com tal Teoria, o Estado está sujeito a um controle de conteúdo, de modo que as normas hierarquicamente inferiores, tais como aquelas que esta pesquisa trata, devem se submeter ao que dispõe a Constituição Federal.

Nessa esteira, destaca-se que a Constituição Federal prevê a necessidade de observância do princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, bem como a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e, ainda, o princípio da legalidade como regente da atuação da Administração Pública.

A despeito da Carta Magna expressamente declarar a garantia aos estrangeiros residentes, omitindo-se quanto aos estrangeiros em trânsito,

característica daqueles que pretendem o ingresso, entende-se que, à luz da concepção garantista, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória deve ser reconhecido por ser mais favorável à pessoa, independentemente de constar literalmente no referido dispositivo para os estrangeiros não residentes, o que implica na impossibilidade de cominação de restrições ao direito fundamental à presunção da inocência em nome da soberania, sob pena de se privilegiar uma concepção soberanista, em que os interesses da máquina pública são superiores aos direitos dos cidadãos.

Nesse sentido, destaca-se o direito fundamental à presunção de inocência como uma das garantias previstas em decorrência de, originalmente, vigorar a presunção da culpa do acusado, em um Estado que desconhece limites em sua atuação.

Assim, negar a incidência do direito fundamental à presunção de inocência ao cidadão em função da sua nacionalidade, sob o argumento de que este é considerado uma pessoa perigosa, mediante critérios abstratos avaliados, conhecidos e decididos pela mesma autoridade, implica na supremacia da ordem interna e no tratamento não universal de direitos, e no não reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

Além disso, tal entendimento representa uma desconstrução da presunção de inocência enquanto resultado de lutas que se originaram das práticas de tortura e absolutização de um Estado Polícia que ainda insiste em permanecer nos discursos ideológicos de uma legislação migratória que ainda faz uso de conceitos abstratos referidos a pessoas, concentra poderes de instauração, investigação e decisão em uma única autoridade, e desrespeita a igualdade jurídica de um modo mais sutil.

Tal discrepância tem explicação também no que se refere ao ramo do direito administrativo: considerando o impedimento de ingresso ser um ato emanado pela Administração Pública, verifica-se um ato normativo acessório, com natureza jurídica de expedir comandos à luz das normas de conteúdo de direito material definidas pela Lei, que deve primar pelos princípios elencados pela ordem constitucional, está inovando, ao definir materialmente as situações que ensejam o impedimento de ingresso, situação que ainda faz em prejuízo do interessado em adentrar no território brasileiro. Nesse sentido, sob o aspecto formal, ressalta-se o princípio da legalidade e da hierarquia dos atos, o

que já aponta uma inobservância ao império da Lei ao qual o Estado Democrático de Direito está submetido.

Ainda, há o aspecto do tratamento interno conferido ao não nacional, no qual se verifica a positivação de princípios como a universalidade dos direitos humanos, igualdade de tratamento ao migrante e observância ao disposto em tratado. Também é garantido ao migrante, no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade e a previsão da garantia de direitos independentemente da situação migratória.

No entanto, para além da positivação de direitos, mister que haja o efetivo acesso aos bens jurídicos por estes tutelados, sob pena do texto conferir direitos apenas no plano literal. Quando o não nacional impedido de ingressar é denominado clandestino e pessoa perigosa, com base em razões sérias tomadas pela autoridade migratória que indiquem o envolvimento em crimes que podem ser conhecidos por investigação criminal em curso, verifica-se um descompasso da política migratória com o controle de conteúdo a que um Estado Democrático de Direito está submetido.

Nesse sentido, a alta concentração de poder em uma única autoridade aponta para a existência de um legado que, em vez de proporcionar o direito enquanto acesso a bens, acaba por desconstruir direitos conseguidos após um processo de lutas e que não atribuem a igualdade de direitos em função da dignidade, antes, privilegia aspectos relacionados à subjetividade em detrimento dos limites a que a ação estatal está sujeita.

Como resposta ao problema apresentado, tem-se que: aos não nacionais em trânsito também é garantido o direito fundamental à presunção de inocência, com base no princípio da prevalência dos direitos humanos que rege as relações internacionais, bem como no fundamento da dignidade da pessoa humana e na concepção de cidadania global, sendo a previsão do impedimento de ingresso de não nacionais por razões atreladas ao cometimento de crimes para os quais não se exige o trânsito em julgado de sentença penal condenatória atentatória ao direito fundamental à presunção de inocência, e fruto de uma concepção soberanista que privilegia a ordem interna em detrimento do controle de conteúdo presente em um Estado Constitucional de Direito. A partir dos amplos poderes conferidos à autoridade migratória no

ingresso, que negligenciam os limites impostos à discricionariedade em um Estado Democrático de Direito, e, ainda, da concepção dos direitos enquanto resultado provisório de lutas e, especificamente, do direito fundamental à presunção de inocência como luta do não nacional em ser considerado digno independentemente da sua origem, é possível identificar um legado de criminalização no âmbito da legislação brasileira.

Por tais razões, é que se compreende que a hipótese do inciso IX do artigo 45 da Lei de Migrações e seu regulamento ofende o direito fundamental à presunção de inocência e representa um legado que, em vez de promover os não nacionais, continua os criminalizando, traduzindo, em vez de uma presunção de inocência, em uma presunção de culpabilidade.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ADEODATO João Maurício. **Filosofia do Direito: Uma crítica à verdade na Ética e na Ciência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ARAÚJO, Fernanda Paiva; PIMENTA, Renata Aparecida. Política migratória pátria: uma análise do direito fundamental à presunção de inocência à luz da humanização da persecução penal apontada por Cesare Beccaria. Artigo final apresentado como requisito da disciplina História do Direito Penal. 2020.

BARATTA, Alessandro. Estado del derecho, derechos fundamentales y "derecho judicial". San **Revista de Ciência Jurídica**, José da Costa Rica, n. 57, p. 119-134, 1987.

BARCELOS, Renato de Abreu; ARAÚJO, Marinella Machado. Além da legalidade, a legitimidade: novas possibilidades para a discricionariedade administrativa no paradigma do estado democrático de direito. In: MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e; NOHARA, Irene Patrícia; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes (org.). **Direito e administração pública I [Recurso eletrônico on-line]**. Florianópolis: FUNJAB, organização CONPEDI/UNINOVE, 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Edição Ridendo Castigat Mores, 1764.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de política**. 6. ed. Brasília: UnB, 1994.

BORGES, Rosa Maria Zaia; BRASIL, Paula Zambelli Salgado. Cidadania Regional Sulamericana: desafios e perspectivas de um projeto decolonial de efetivação de direitos humanos. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Canoas, v. 7, n. 3, p. 149–165, 2019.

BRACANTE, Paulo Henrique; REIS, Rossana Rocha. A “securitização da imigração”: mapa do debate. **Lua Nova**, São Paulo, 77:73-104, 2009. Disponível em:

<<https://www.scielo.br/j/ln/a/KwbJt6hy4bmVYYCMThfjspd/?format=pdf&lang=pt>> Acesso em 7 ago 2022.

BRANDÃO, Helena HathsueNagamine. **Introdução à análise do discurso**. 2. ed. rev., Campinas: Editora Unicamp, 2004.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1967.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 7.967, de 27 de agosto de 1945. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del7967imprensa.htm#:~:text=DEL7967imprensa&text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%207.967%20DE%2027%20DE%20AGOSTO%20DE%201945.&text=Art.,condi%C3%A7%C3%B5es%20estabelecidas%20por%20esta%20lei.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7967imprensa.htm#:~:text=DEL7967imprensa&text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%207.967%20DE%2027%20DE%20AGOSTO%20DE%201945.&text=Art.,condi%C3%A7%C3%B5es%20estabelecidas%20por%20esta%20lei.)>. Acesso em: 05 de agosto de 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 941, de 13 de outubro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del7967imprensa.htm#:~:text=DEL7967imprensa&text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%207.967%20DE%2027%20DE%20AGOSTO%20DE%201945.&text=Art.,condi%C3%A7%C3%B5es%20estabelecidas%20por%20esta%20lei.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7967imprensa.htm#:~:text=DEL7967imprensa&text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%207.967%20DE%2027%20DE%20AGOSTO%20DE%201945.&text=Art.,condi%C3%A7%C3%B5es%20estabelecidas%20por%20esta%20lei.)>. Acesso em: 05 de agosto de 2022.

BRASIL. Decreto nº 163, de 16 de janeiro de 1980. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-163-16-janeiro-1890-518097-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 05 de agosto de 2022.

BRASIL. Decreto nº 1.641, de 07 de janeiro de 1907. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1641-7-janeiro-1907-582166-publicacaooriginal-104906-pl.html>>. Acesso em: 05 de agosto de 2022.

BRASIL. Decreto nº 20.291, de 12 de agosto de 1931. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20291-12-agosto-1931-514687-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=6%C2%BA%20do%20decreto%20n.,do%20Trabalho%2C%20Ind%C3%BAstria%20e%20Com%C3%A9rcio.>>. Acesso em: 05 de agosto de 2022.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm#:~:text=D4388&text=DECRETO%20N%C2%BA%204.388%2C%20DE%2025,Roma%20do%20Tribunal%20Penal%20Internacional.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm#:~:text=D4388&text=DECRETO%20N%C2%BA%204.388%2C%20DE%2025,Roma%20do%20Tribunal%20Penal%20Internacional.)>. Acesso em: 05 de agosto de 2022.

BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 05 de agosto de 2022.

BRASIL. Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2017/decreto-9199-20-novembro->

[2017-785772-publicacaooriginal-154263-pe.html](http://2017-785772-publicacaooriginal-154263-pe.html)>. Acesso em:05 de agosto de 2022.

BRASIL. Lei nº12.850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=12850&ano=2013&ato=5f1kXWU50MVpWT780>>. Acesso em:05 de agosto de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.260%2C%20DE%2016%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%202016.&text=5%C2%BA%20da%200Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%2C%20disciplinando,2%20de%20agosto%20de%202013.>](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.260%2C%20DE%2016%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%202016.&text=5%C2%BA%20da%200Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%2C%20disciplinando,2%20de%20agosto%20de%202013.>)>. Acesso em:05 de agosto de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 maio 2017.

BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6815.htm#:~:text=L6815&text=LEI%20N%C2%BA%206.815%2C%20DE%2019%20DE%20AGOSTO%20DE%201980.&text=Define%20a%20situa%C3%A7%C3%A3o%20jur%C3%ADica%20do,6.964%2C%20DE%2009.12.1981.>](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm#:~:text=L6815&text=LEI%20N%C2%BA%206.815%2C%20DE%2019%20DE%20AGOSTO%20DE%201980.&text=Define%20a%20situa%C3%A7%C3%A3o%20jur%C3%ADica%20do,6.964%2C%20DE%2009.12.1981.>)>. Acesso em: 05 de agosto de 2022.

BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 jul. 1997.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Portaria nº 666, de 25 de julho de 2019. Dispõe sobre o impedimento de ingresso, a repatriação e a deportação sumária de pessoa perigosa ou que tenha praticado ato contrário aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, jul 2019.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Portaria nº 770, de 11 de outubro de 2019 Dispõe sobre o impedimento de ingresso, a repatriação e a deportação de pessoa perigosa ou que tenha praticado ato contrário aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, out 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 619**. Reqte.(S)Procuradora-Geral da República. Intdo.(A/S) Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública PROC.(A/S)(ES) Advogado-Geral da União. Am. Curiae. Associação Direitos Humanos em Rede - Conectas Direitos Humanos. Relator: Min. Rosa Weber. DF - Distrito Federal. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&documento=750833467&s1=619&numProcesso=619>> Acesso em 17 de Julho de2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus: RHC79785-RJ**. Disponível em:



<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825228/recurso-em-habeas-corporis-rhc-79785-rj-stf>>. Acesso em: 8 de agosto de 2022.

BUZAN, Barry; WAEVER, Ole; WILDE, Jaap de. **Security: A new framework for analysis**. Boulder: LynneReinner. 1998.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Presunção de Inocência: uma terminologia adequada**. 2015. Disponível em:

<<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/148826842/presuncao-de-inocencia-uma-terminologia-adequada>>. Acesso em: 7 de agosto de 2022.

CAHALI, Yussef Said. **Estatuto do Estrangeiro**. São Paulo: Saraiva, 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: livraria Alme-dina, 1993.

CAPELATO, Maria Helena. O Estado Novo: o que trouxe de novo? In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (Org.). **O Brasil Republicano. O tempo do nacional-estatismo - do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARLESSO, Luciano Arlindo **O princípio da prevalência dos direitos**. Brasília: ESMPU, 2019.

CARMALI, Sara. O conceito de segurança como “política de exceção”: uma avaliação crítica. **Relações Internacionais**, ano 18, p.113-127. 2008.

CERQUEIRA, Marcello. **Nova lei de estrangeiros ou regimento interno da Bastilha?**. Rio de Janeiro: PLG - Comunicação, 1981.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Princípios e boas práticas para a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas**. 2009. Disponível em:

<<https://cidh.oas.org/pdf%20files/PRINCIPIOS%20PORT.pdf>>. Acesso em: 05 de agosto de 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Caso J. Vs. Peru. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Costa Rica. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 86, n. 737, p. 11-22, 1997.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Fisheries (United Kingdom v Norway), 1951. Frontier Dispute (Burkina Faso v Republic of Mali), 1986. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), 2012. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA), Jurisdiction and Admissibility, 1984. Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Parecer Consultivo, 1949.

COSTA, Reginaldo da. Discurso, direito e democracia em Habermas. In: MERLE, JeanChristophe; MOREIRA, Luiz (coord.) **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

CRUZ, Paulo Márcio. Soberania e superação do Estado constitucional moderno. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 2, p. 69-98, 2007.

CUNHA, Helvécio Damis de Oliveira. **Princípio do estado de inocência, inconstitucionalidade da execução provisória da pena e a proposta de emenda constitucional n.º 199/2019**. 2020.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Rio de Janeiro: UNIC, 2009 [1948]. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>> Acesso em: 05 de agosto de 2022.

DELGADO, Daniel García. NOSETTO, Luciano. **Por una Ciudadanía Plena Más allá de la sociedade excluyente**. 2004. Disponível em: <<http://www.escuelaraggio.edu.ar/pagina%20de%20practicos%202021/TPS/ciudad-trab/GUIA%20TP%204.pdf>>. Acesso em: 05 de agosto de 2022.

DIAS, Luciana de Oliveira. **Migrações, trabalho e capitais. Goianos(as) no mundo: um diagnóstico dos processos migratórios internacionais**. 37º Encontro Anual da ANPOCS. Águas de Lindóia, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DODGE, Raquel Elias Ferreira. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Disponível em: <[https://www.cnmp.mp.br/portal/images/todas-as-noticias/Proposta\\_Luciano\\_Maia.pdf](https://www.cnmp.mp.br/portal/images/todas-as-noticias/Proposta_Luciano_Maia.pdf)>. Acesso em: 05 de agosto de 2022.

DWORKIN, Ronald. Direito, filosofia e interpretação. In: KELSEN, Hans; DWORKIN, Ronald. **Cadernos da Escola do Legislativo**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, n. 5, 1997.

EDUCABRAS. **Imigração no Brasil**. Disponível em: <[https://www.educabras.com/ensino\\_medio/materia/geografia/populacao/aulas/imigracao\\_no\\_brasil](https://www.educabras.com/ensino_medio/materia/geografia/populacao/aulas/imigracao_no_brasil)>. Acesso em: 05 de agosto de 2022.

GERALDO, Endrica. A “lei de cotas” de 1934: controle de estrangeiros no Brasil. **Caderno AEL**, Campinas, v.15, n.27. 2009.

FERNÁNDEZ-RODRIGUEZ, Tomás Ramón. Reflexiones en torno a la potestad reglamentaria del gobierno. **Documentación Administrativa**. Madrid, n. 250-251, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. Tradução: Trindade, André Karam. In: TRINDADE, André Karam. **Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terraebrazilis. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Tradução: Ibáñez, Perfecto Andrés *et. al.* Madrid: Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Edição Kindle

\_\_\_\_\_. Sobre los derechos fundamentales. **Cuestiones Constitucionales**. Cidade do México, n. 15, pág. 113-136, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FILHO, José Nabuco. **Os Crimes e as Penas na obra de Beccaria**. 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/os-crimes-e-as-penas-na-obra-de-beccaria/>

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteaux. 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal – parte geral**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

FRANCISCO, José Carlos. **Função Regulamentar e Regulamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GALINDO, Guilherme Marques. Poder de polícia. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 26, n. 6503. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/89816>. Acesso em: 25 de julho de 2022.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GODOI, Rachel Santos Hermógenes de. **Estado de Inocência versus presunção de inocência (ou de não-culpabilidade): quando a hermenêutica é utilizada para mitigar direitos fundamentais**. 2019. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/estado-de-inocencia-versus-presuncao-de-inocencia-ou-de-nao-culpabilidade-quando-a->

[hermeneutica-e-utilizada-para-mitigar-direitos-fundamentais](#)>. Acesso em: 7 de agosto de 2022.

GOMES, Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. **Direito Penal: parte geral**, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GORDILLO, Agustin. **Princípios gerais de direito público**. Tradução: GRECO, Marco Aurélio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GRUBBA, Leilane Serratine; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Direitos humanos e direitos fundamentais: convergências entre Joaquín Herrera Flores e Luigi Ferrajoli**. *Joaçaba*, v. 13, n. 1, p. 157-176, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Constituição da Europa**. São Paulo: UNESP, 2012.

\_\_\_\_\_. **Cidadania e identidade nacional (1990)**. In \_\_\_\_\_. **Direito e Democracia: entre factividade e validade**. Tradução: Siebeneichler, Flávio B. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 1997.

\_\_\_\_\_. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução: Seligmann-Silva, Márcio. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

\_\_\_\_\_. **Faktizität und Geltung**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

JAHNEL, Marta Regina. **A presunção de inocência e a execução provisória da pena em processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí. 2020.

JÁUREGUI, Gurutz. **La democracia planetária**. Oviedo: Ediciones Nobel, 2000.

JESCH, Dietrich. **Ley y administracion**. Estudio de la evolucion del principio de legalidad. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1978.

KENICKE, Pedro Henrique Galotti. **O estatuto do estrangeiro e a lei de migração: entre a doutrina da segurança nacional e o desenvolvimento humano**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

KOTZUR, Markus. **La soberania hoy. Palabras clave para um dialogo europeo latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno**. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-**

**latinoamericano.** México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LIMA, Carolina. **O que significa estrangeiro.** Disponível em: <<https://significadode.com.br/o-que-significa-estrangeiro/>>. Acesso em: 17 de novembro de 2022.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LUHMANN, Nikolas. **La differenziazione del diritto.** Tradução: De Giorgi, Raféale; Silbernagl, Michele. Bologna: Società Editrice del Mulino, 1995.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cittadinanza e classe sociale.** Tradução: Maranini, P. Torino: Utet, 1976.

MARTH, Larissa Ariéle; PEREZ, Mateus Oliveira; BORGES, Rosa Maria Zaia. O legado do regime ditatorial e a política migratória no Brasil: uma análise crítica em busca da ruptura com a doutrina de segurança nacional. In: PALUMA, Thiago; SQUEFF, Tatiana Cardoso (orgs.). **Migrações internacionais no século XXI: perspectivas e desafios.** 1.ed. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2019.

MARTIN-CHENUT, Kathia. O sistema penal de exceção em face do direito internacional dos direitos humanos. In: TELES, Edson; TELES, Janaína de Almeida; SANTOS, Cecília MacDowell (orgs.). **Desarquivando a ditadura: memória e justiça no Brasil.** Volume I. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores, 2009.

MARTINS, Suzana Oliveira. Análise do Discurso. **Revista Científica da Ajes,** Juína, Mato Grosso, v.2, n.3. 2011.

MASTRODI, Josué; COSTA, Lucas Rocha Mello Emboaba da. A discricionariedade técnica e o controle político das agências reguladoras no Brasil. **R. de Dir. Administrativo & Constitucional.** Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 165-191, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo brasileiro.** 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo brasileiro**. 44. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 12.ed.Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. **Revista Pensar**. Fortaleza. v. 12, p. 134-144. 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Ed, v. 2, 1991.

MORAES, Ana Luísa Zago de. **Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil**. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Acesso em: 28 de junho de 2022.

MUNDO EDUCAÇÃO. Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/sociologia/estado-democratico-de-direito.htm>>. Acesso em:05 de agosto de 2022.

MUSSALIM, Fernanda. **Análise do discurso**. In: MUSSALIM, Fernanda; BENTES, Anna Christina (org.).**Introdução à Linguística: domínios e fronteiras**. Vol. II, 3.ed. São Paulo: Cortez, 2003.

MUNIZ, Júlio Cesar; TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de Toledo. O Supremo Tribunal Federal, a presunção de inocência e o direito a uma resposta constitucionalmente adequada. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 18(34): 217-247, jan-jun 2018. Disponível em <file:///D:/Usuario/Downloads/3852-18930-3-PB.pdf>. Acesso em 7 de agosto de 2022.

NABAIS, José Casalta. **Por uma Liberdade com Responsabilidade**. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra Editora: 2007

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

PINHO, Deborah Cristina Roxo. Sobre o princípio da legalidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3875. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26657>. Acesso em: 31 de julho de 2022.

PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos**. Escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

QUINTANILHA, Karina. **Notas históricas sobre a deportação sumária da Portaria 666**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-07/karina-quintanilha-notas-historicas-pessoa-perigosa>>. Acesso em: 6. agosto 2022

RAMOS, André de Carvalho. Em nome das “razões sérias”: o impedimento de ingresso e a deportação sumária à luz dos direitos humanos. In: RAMOS, André de Carvalho; VEDOVATO, Luís Renato; BAENINGER, Rosana (coord.). **Nova lei de migração: os três primeiros anos**. UNICAMP, FADISP, 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

REIS, Rossana Rocha. **Soberania, direitos humanos e migrações internacionais**. Revista Brasileira de Ciências Sociais. v. 19, n. 55. 2004.

REIS, Rossana Rocha. **A política do Brasil para as migrações internacionais**. Contexto Internacional, Rio de Janeiro, v. 33, p. 47-69, 2011.

ROSSI, Lucia Serena. **Evolução do direito internacional e globalização**. Trabalho apresentado no 1º Congresso de Direito Internacional da PUCPR, Curitiba, 9, 10 e 11 de agosto de 2001.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Organização e Tradução: CALLEGARI, André Luis; GIACOMOLLI, Nereu José. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SADA, Juliana; VALENTE, Rodrigo. **De volta para o passado?** 2017. Disponível em <[https://rosalux-ba.org/wp-content/uploads/2017/12/ponto\\_debate\\_ed17\\_web.pdf](https://rosalux-ba.org/wp-content/uploads/2017/12/ponto_debate_ed17_web.pdf)>. Acesso em 6 agosto 2022.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SANCHÉZ, Jesús Maria Silva. Presupuestos Socio-Políticos de La Atribución de Responsabilidad Penal. In: MORÁN, Ángel Jose Sanz (org.). **Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes**. Madrid: La Fábrica de Libros, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SEYFERTH, Giralda. **Imigrantes e estrangeiros: a trajetória de uma categoria que incomoda o político**. Anais da Mesa Redonda Imigrantes e Emigrantes: as transformações das relações do Estado Brasileiro com a

**Migração.** 26.<sup>a</sup> Reunião Brasileira de Antropologia, realizada entre os dias 1.º e 4 de junho de 2008, Porto Seguro, Brasil. Disponível em:

<[http://www.imigracaohistorica.info/uploads/1/3/0/0/130078887/seyferth\\_giralda\\_imigrantes\\_estrangeros\\_a\\_trajet%C3%B3ria\\_de\\_uma\\_categoria\\_inc%C3%B4moda\\_no\\_campo\\_pol%C3%ADtico.pdf](http://www.imigracaohistorica.info/uploads/1/3/0/0/130078887/seyferth_giralda_imigrantes_estrangeros_a_trajet%C3%B3ria_de_uma_categoria_inc%C3%B4moda_no_campo_pol%C3%ADtico.pdf)>. Acesso em: 05 de agosto de 2022.

SICILIANO, André Luiz. **Antes de discutir a Política Migratória brasileira: um ensaio conceitual.** Universidade de São Paulo: Instituto de Relações Internacionais, 2012.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa (Qu'est-ce que letiers état?).** Tradução de Azevedo, Norma. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

SILVA, Bianca Guimarães; PALUMA, Thiago. Breve panorama histórico da política migratória brasileira e análise da legislação migratória de 1980 a 2017. In: PALUMA, Thiago; SQUEFF, Tatiana Cardoso (orgs.). **Migrações internacionais no século XXI: perspectivas e desafios.** 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

SILVA, Camila castro da. **Princípios gerais do direito internacional, como fonte do direito internacional.** 2016. Disponível em: <<https://camilladecastro.jusbrasil.com.br/artigos/348820119/principios-gerais-do-direito-internacional-como-fonte-do-direito-internacional>>. Acesso em: 05 de agosto de 2022.

SILVA, Caroline Cordeiro Viana; PEREIRA, Alexsandro Eugenio. A Teoria de Securitização e a sua aplicação em artigos publicados em periódicos científicos. **Rev. Sociol. Polit.**, v. 27, n. 69, 2019.

SILVA, Fernando Laércio. A regra do art. 386 do Código de Processo Penal Brasileiro e sua incompatibilidade com a garantia constitucional do estado de inocência. Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 2. Disponível em <<file:///D:/Usuario/Downloads/25039-84812-1-PB.pdf>> Acesso em 7 de agosto de 2022.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.

SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. **Na guerra do crime, o policial deveria ter maior liberdade de ação contra os bandidos? É necessária a limitação jurídica na persecução penal? A lei está protegendo os bandidos?.** Direito Constitucional. 2008. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6561/Estado-de-Policia>>. Acesso em: 19 de julho de 2022.

SOUZA, Leonardo de Rocha. O poder de polícia administrativa e a realização dos direitos fundamentais: um estudo a partir de decisões do STF. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 255, p. 193-242, 2010.



TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI**. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>>. Acesso em: 20 de junho de 2021.

VIEHWEG, Theodor. Problemas sistémicos em la dogmática jurídica y em la investigación jurídica. In: \_\_\_\_\_. **Tópica y filosofía del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

VIEIRA, Vanessa de. **Regime Jurídico da Competência Regulamentar**. São Paulo: Ed. Dialética, 2001.

VILLA, Rafael Duarte; SANTOS, N.B. Buzan, Wæver e a Escola de Copenhague: tensões entre o realismo e a abordagem sociológica nos estudos de segurança internacional. In: MEDEIROS, Marcelo de Almeida; Villa, Rafael Duarte; LIMA, Marcos Costa; REIS, Rossana Rocha. **Clássicos das Relações Internacionais**. São Paulo: Hucitec. 2011.