

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

João Fontanari Barbosa

**AS MEDIDAS DE RETIRADA COMPULSÓRIA NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO À
LUZ DOS ARTIGOS DA CDI SOBRE EXPULSÃO DE NÃO-NACIONAIS**

Porto Alegre

2018

JOÃO FONTANARI BARBOSA

**AS MEDIDAS DE RETIRADA COMPULSÓRIA NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO À
LUZ DOS ARTIGOS DA CDI SOBRE EXPULSÃO DE NÃO-NACIONAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof^a. Dra. Martha Lucia Olivar Jimenez

Porto Alegre

2018

JOÃO FONTANARI BARBOSA

**AS MEDIDAS DE RETIRADA COMPULSÓRIA NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO À
LUZ DOS ARTIGOS DA CDI SOBRE EXPULSÃO DE NÃO-NACIONAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, junto à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul.

Aprovado em 03 de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dra. Martha Lucia Olivar Jimenez

Orientadora

Prof^ª. Me. Laura Madrid Sartoretto

Prof. Me. Fabrício Lemos

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, quero deixar registrada a minha gratidão aos meus pais, em especial à minha mãe, Angélica, que esteve presente ao meu lado durante toda a minha graduação, garantindo o apoio material e emocional sem o qual eu certamente não teria enfrentado e concluído esta etapa da minha vida de forma tão exitosa. Obrigado, mãe, pela parceria e por ser o meu esteio e o grande exemplo de resiliência, coragem e coerência que me inspira. Um agradecimento também muito especial ao meu pai, André, por ser o meu grande exemplo de devemos perseguir os nossos sonhos nessa vida, fazer o que se gosta e por isso mesmo fazê-lo bem. Como os titãs Gaia e Urano, vocês representam, respectivamente, o chão sob os meus pés que me dá segurança e confiança para saltar e os céus sobre a minha cabeça onde eu apanho e continuarei apanhando os sonhos que lá são carregados pelos ventos do porvir.

Deixo meu agradecimento também a todas as pessoas, profissionais e estudantes, com quem tive a imensa satisfação de trabalhar no Grupo de Assessoria a Imigrantes e a Refugiados (GAIRE), do Serviço de Assessoria Jurídica Universitária da UFRGS, o qual integrei por mais de três anos da minha graduação. Não foi por outro motivo senão pela militância na defesa dos Direitos Humanos em geral e da população migrante e refugiada em particular que eu, de fato, encontrei um sentido no curso de Direito. Muito obrigado por todo o aprendizado e por haver compartilhado uma parte importante de suas trajetórias profissionais e de vida comigo.

Quero agradecer também aos e às colegas e servidores da Defensoria Pública da União, instituição na qual tive a honra de estagiar por dois anos da minha graduação. Um agradecimento especial à minha chefe, Dra. Lilian Alves Ackermann, por sempre haver acreditado no meu potencial e por haver, com o teu exemplo, reforçado a minha convicção de que o Direito pode ser uma ferramenta transformadora em prol da justiça social.

Não poderia deixar de agradecer também à família que a *Philip C. Jessup Moot Court Competition* me deu: Ana, Elisa, Felipe, Fernanda, Julia Bergmann, Júlia Macedo, Júlio e Leonardo, vocês são – cada qual com as suas respectivas características pessoais e trajetórias de vida – fontes inesgotáveis de inspiração para continuar seguindo nos caminhos do Direito Internacional. É uma satisfação inenarrável ter a amizade e o apreço de vocês.

Deixo também um agradecimento especial à minha orientadora, Professora Martha Lucia Olivar Jimenez, por haver me inspirado a gostar ainda mais de Direito Internacional, por meio dos seus ensinamentos e do seu entusiasmo em relação à matéria, bem como por haver

depositado a confiança em me orientar neste TCC e por acreditar na minha competência para desempenhar esta tarefa. Quero deixar um agradecimento especial ao Professor Fábio Costa Morosini, brilhante pesquisador, responsável por haver me introduzido à pesquisa e pelo apoio de sempre em todas as empreitadas acadêmicas em que precisei e tive a satisfação de contar com a sua ajuda. Por fim, *dank u wel*, Professor Adriaan Bedner (Universiteit Leiden) por acreditar no meu potencial e sobretudo pela sua dedicação e entusiasmo em relação à docência, os quais foram determinantes para reafirmar minha vontade de seguir na Academia.

Deixo registrado também o meu agradecimento a todos os educadores e a todas as educadoras que, assim como os que eu mencionei acima, passaram pela minha vida escolar e universitária e com quem aprendi lições de grande valia, dentro e fora do conteúdo programático. Muito obrigado por haverem contribuído com a sua dedicação e com os seus saberes para a minha formação como jurista e como cidadão.

Por fim, quero registrar o meu agradecimento ao Governo Federal do Partido dos Trabalhadores pela instituição dos programas de cotas para acesso às Universidade Públicas e de Reestruturação e Expansão das Universidades (REUNI), sem os quais eu não teria ingressado na Universidade Federal do Rio Grande de Sul, na qualidade de cotista egresso da rede pública de ensino, na primeira turma do REUNI do meu curso.

“Nadie en el mundo es ilegal.”

- Anônimo

RESUMO

Será conduzida, no presente Trabalho de Conclusão de Curso, uma análise do regime jurídico introduzido a partir da nova Lei de Migração brasileira (Lei nº 13.445/2017) concernente à matéria das medidas de retirada compulsória de não-nacionais, através das lentes dos Projetos de Artigos sobre Expulsão de Alienígenas da Comissão de Direito Internacional (CDI). Ainda que os Projetos de Artigos da CDI ainda careçam de força normativa no plano internacional, oferecem um marco analítico adequado para a verificação da adequação das legislações nacionais em relação aos parâmetros estabelecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, porquanto representa o mais completo esforço de sistematização do Direito Internacional sobre esta matéria até o presente. Nesta ordem de ideias, o objetivo central desta pesquisa consiste em situar a disciplina das medidas de retirada compulsória previstas na nova Lei de Migração, no contexto do atual estado da arte na matéria no plano internacional, o qual está consubstanciado nos supramencionados Projetos de Artigos da CDI, de modo a verificar a compatibilidade daquele em relação ao último.

Palavras-chave: Direito Internacional Público. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Direito Migratório. Expulsão. Deportação.

ABSTRACT

It will be conducted, in the present Bachelor's Thesis, an analysis of the legal regime introduced by the new Brazilian Migration Act (Act nº 13.445/2017) concerning the subject of measures of compulsory removal of non-nationals through the lenses of the International Law Commission's (ILC) Draft Articles on the Expulsion of Aliens. Even though the ILC's Draft Articles still lack normative force at the international level, they provide an adequate analytical framework for verifying the adequacy of national legislations in relation to the parameters set forth by the International Human Rights Law, insofar as it represent the most complete effort to systematize the International Law on the subject to date. In this order of ideas, the central objective of this research consists in situating the subject of measures of compulsory removal of non-nationals provided for by the new Migration Act, in the context of the current state of the art on the subject at the international level, which is consubstantiated in the aforementioned ILC's Draft Articles, so as to verify the compatibility of the former in relation to the latter.

Keywords: Public International Law. International Human Rights Law. Migration Law. Expulsion. Deportation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CADH	Convenção Americana de Direito Humanos
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CDI	Comissão de Direito Internacional
CIJ	Corte Internacional de Justiça
DPU	Defensoria Pública da União
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIM	Organização Internacional para as Migrações
ONU	Organização das Nações Unidas
Para.	Parágrafo
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
PL	Projeto de Lei
STF	Supremo Tribunal Federal
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 OS PROJETOS DE ARTIGOS SOBRE EXPULSÃO DE ALIENÍGENAS.....	16
2.1 O TRABALHO DA COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL E A NATUREZA JURÍDICA DOS PROJETOS DE ARTIGOS EM PERSPECTIVA.....	16
2.2 ANÁLISE CONTEXTUAL: OS PROJETOS DE ARTIGOS COMO FONTE DE DIREITO INTERNACIONAL, A DISTINÇÃO ENTRE “ <i>HARD LAW</i> ” E “ <i>SOFT LAW</i> ” E SUAS IMPLICAÇÕES PARA OS ESTADOS.....	21
2.3 AS DEFINIÇÕES DE “ALIENÍGENA” E DE “EXPULSÃO” NOS PROJETOS DE ARTIGOS DA CDI: UM REFERENCIAL POSSÍVEL PARA A ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA?	27
3 A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO BRASILEIRA.....	32
3.1 DO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO À NOVA LEI DE MIGRAÇÃO: PANORAMA DA POLÍTICA IMIGRATÓRIA BRASILEIRA DA DITADURA CIVIL-MILITAR (1964-1985) AO PRESENTE.....	32
3.2 AS MEDIDAS DE RETIRADA COMPULSÓRIA DE NÃO-NACIONAIS NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO.....	41
3.2.1 Repatriação.....	43
3.2.2 Deportação.....	45
3.2.3 Expulsão.....	46
4. ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE ENTRE AS MEDIDAS DE RETIRADA COMPULSÓRIA NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO E OS ARTIGOS DA CDI.....	50
4.1 DELIMITANDO O ESCOPO DA DEFINIÇÃO DE EXPULSÃO NOS ARTIGOS DA CDI À LUZ DAS MEDIDAS DE RETIRADA COMPULSÓRIA NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO.....	51
4.2 REQUISITOS E FUNDAMENTOS PARA A LEGALIDADE DA MEDIDA DE RETIRADA COMPULSÓRIA.....	52
4.2.1 O requisito de conformidade da decisão de retirada compulsória com a lei.....	52
4.2.2 A obrigação de fundamentação da decisão de retirada compulsória.....	56
4.3 HIPÓTESES DE VEDAÇÃO DAS MEDIDAS DE RETIRADA COMPULSÓRIA.....	60
4.3.1 Proibição da retirada compulsória de refugiados e de apátridas.....	61
4.3.2 Proibição da privação da nacionalidade para fins de retirada compulsória.....	65
4.3.3 Proibição da retirada compulsória coletiva.....	66

4.3.4 Demais hipóteses: proibição da retirada compulsória “disfarçada”, para fins de confisco de bens, ou para contornar procedimento de extradição.....	67
4.4 PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS NÃO-NACIONAIS SUJEITOS A MEDIDAS DE RETIRADA COMPULSÓRIA.....	69
4.4.1 Disposições gerais.....	70
<i>A) A obrigação de respeitar a dignidade da pessoa humana e os Direitos Humanos dos não-nacionais sujeito a medidas de retirada compulsória.....</i>	<i>70</i>
<i>B) A proibição da discriminação.....</i>	<i>72</i>
<i>C) Pessoas vulneráveis.....</i>	<i>74</i>
4.4.2 A proteção exigida no Estado que adota a medida de retirada compulsória.....	75
<i>A) A obrigação de proteger o direito à vida e a proibição da tortura e de tratamento ou pena cruel, desumana ou degradante.....</i>	<i>75</i>
<i>B) Obrigação de respeitar o direito à vida em família.....</i>	<i>77</i>
<i>C) A detenção de um não-nacional com a finalidade de retirada compulsória.....</i>	<i>78</i>
<i>D) A proteção do direito à propriedade.....</i>	<i>81</i>
4.4.3 A proteção em relação ao Estado de destinação e no Estado de trânsito.....	82
<i>A) A proteção em relação ao Estado de destinação.....</i>	<i>83</i>
<i>B) A proteção no Estado de trânsito do não-nacional.....</i>	<i>87</i>
4.5 DIREITOS PROCESSUAIS NO ÂMBITO DOS PROCEDIMENTOS DE RETIRADA COMPULSÓRIA.....	88
4.5.1 Os direitos processuais em espécie.....	88
<i>A) Direito de receber notificação da decisão de retirada compulsória.....</i>	<i>91</i>
<i>B) Direitos de contestar decisão de retirada compulsória, de acessar os remédios processuais adequados para este fim e de ser ouvido por uma autoridade competente.....</i>	<i>93</i>
<i>C) Direito de ser representado perante a autoridade competente e direito à assistência gratuita de um intérprete.....</i>	<i>94</i>
4.5.2 O efeito suspensivo do recurso contra uma decisão de expulsão.....	97
4.5.3 Procedimentos internacionais para recurso individual.....	99
4.6 CONSEQUÊNCIAS LEGAIS DAS MEDIDAS DE RETIRADA COMPULSÓRIA.....	100
4.6.1 Direito à readmissão.....	100
4.6.2 Responsabilidade internacional do Estado pela retirada compulsória ilegal.....	103
4.6.3 Proteção diplomática.....	107
5 CONCLUSÃO.....	109
REFERÊNCIAS.....	116

1 INTRODUÇÃO

As medidas de retirada compulsória de não-nacionais se consubstanciam na prerrogativa soberana que os Estados detêm de determinar unilateralmente a saída de seu território de uma pessoa que não detenha, em relação a este Estado, o vínculo da nacionalidade. Entretanto, ainda que seja um atributo do princípio da soberania estatal, há que se salientar que o exercício pelos Estados do direito soberano de decidir sobre a entrada, permanência e retirada de não-nacionais de seu território não pode ser irrestrito sob o Direito Internacional, devendo-se impor limitações a estes, sobremaneira naquelas situações em que tais atos colidirem com as normas irradiadas do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos (KÄLIN, 2010, parágrafo 4).

Não obstante, inexistente ainda no plano do Direito Internacional um instrumento normativo que sistematize os direitos e garantias de não-nacionais no âmbito dos procedimentos de retirada compulsória do território de um Estado, razão pela qual a Comissão de Direito Internacional (CDI) aprovou, em 2014, os Projetos de Artigos sobre Expulsão de Alienígenas. Resultado de aproximadamente uma década de trabalho e de discussões no âmbito da Comissão e da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, os Projetos de Artigos da CDI, em que pese a sua ausência de força normativa, pois ainda pendentes de apreciação pela Assembleia Geral (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017a), constituem um marco normativo completo e atual, a partir do qual é possível conduzir uma análise adequada sob a ótica do Direito Internacional dos Direitos Humanos sobre como os procedimentos de retirada compulsória são regulamentados na esfera doméstica.

Nessa toada, são as medidas de retirada compulsória disciplinadas pela nova Lei de Migração brasileira (Lei nº 13.445/2017) que estão no cerne deste trabalho, cujo objetivo central é o de situar a disciplina das medidas de retirada compulsória positivadas na legislação brasileira no contexto dos parâmetros normativos propostos pela CDI nos Projetos de Artigos acima mencionados, ora se está o primeiro em consonância com o último, ora se está o primeiro em descompasso, omissiva, regressiva ou progressivamente, em relação ao último.

No entanto, para compreender o porquê de eu haver reputado esta discussão relevante ao ponto de justificar a presente investigação, há que se fazer, inicialmente, um breve desvio da linha de raciocínio iniciada acima e se tecer alguns comentários acerca de dois conceitos que serão de grande valia para a compreensão da discussão central desta monografia, a saber, o conceito de nacionalidade e de suas implicações para as pessoas naturais, bem como da sua, por assim dizer, antítese, a “não-nacionalidade”, isto é, a situação jurídica daquelas pessoas que não detêm a nacionalidade do Estado em cujo território se acham.

O conceito de nacionalidade é definido por Liliana Lyra Jubilut (2007, pp. 119-120) como o vínculo político e jurídico que une um indivíduo a um Estado soberano, o qual pode ser compreendido a partir de duas perspectivas, a saber, a vertical, que enfatiza o aspecto jurídico-político desta relação, em que a nacionalidade é entendida como um liame entre o indivíduo e o Estado e, por conseguinte, entre aquele e o Direito Internacional, e a horizontal, que privilegia a dimensão sociológica da nacionalidade, ou seja, a ligação do indivíduo com os demais membros da comunidade, da população que integra aquele Estado.

Quanto à questão da definição dos elementos caracterizadores desse vínculo, existem ao menos três correntes que buscam explicá-la, sendo duas delas correntes clássicas e uma terceira corrente crítica às teorias clássicas, mais moderna, por assim dizer.

A primeira corrente clássica, derivada essencialmente do pensamento alemão, entende que a nacionalidade se baseia em aspectos objetivos, tais como território, língua, religião, raça, comunhão cultural e civilização, os quais podem existir isolada ou conjuntamente na base do vínculo, estruturando a comunidade política a partir de elementos de fato, sem levar em consideração a adesão voluntária dos indivíduos. A segunda corrente teórica clássica, a qual fora bastante influente em França e Itália, rechaça, por seu turno, a fundamentação da nacionalidade em bases objetivas, porquanto propugna que esse vínculo emerge da vontade dos indivíduos de consentir em formar uma coletividade e nela viver (elemento voluntarista), a qual se exprime em uma consciência nacional, um sentimento nacional de consciência comum (elemento psicológico) (JUBILUT, 2007, p. 120; LAFER, 1988, pp. 136-137).

A corrente teórica dita moderna, por seu turno, é aquela que teve como principal expoente o historiador Eric Hobsbawm¹, para quem tanto a teoria objetiva como a teoria subjetiva estavam incorretas, em razão de pretenderem definir a nacionalidade aprioristicamente, haja vista que isso não se verifica na prática. Portanto, para esta corrente apenas se pode verificar *a posteriori* se uma nação é efetivamente formada a partir da união de indivíduos para este propósito, isto é, a partir de uma realidade empírica, na qual os elementos das teorias objetiva e subjetiva – como território, língua, religião, raça, comunidade cultural, vontade – explicam o porquê de os indivíduos desejarem se unir, formar uma nação, entretanto não explicam o vínculo de nacionalidade *per se* (JUBILUT, 2007, pp. 120-121).

Nesta senda, cumpre salientar que o tema da nacionalidade é também de extrema importância para o Direito Internacional, não somente por trazer um dos principais elementos caracterizadores do indivíduo na esfera internacional, mas também por haver marcado de forma

¹ Cf. HOBBSAWM, Eric. *Nations and Nationalism since 1780: programme, myth, reality*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

significativa a história recente dos Estados, que são, na acepção clássica, os sujeitos de Direito Internacional por excelência (JUBILUT, 2007, p. 121). É neste contexto que se insere o debate sobre o que eu denominei “não-nacionalidade”, ou seja, a discussão acerca da condição jurídica das pessoas que possuem o vínculo de nacionalidade com um Estado outro daquele no qual se acham ou que não detêm este vínculo com Estado algum (apátridas).

Segundo David Weissbrodt (2008, pp. 1-2), a categoria de pessoas ditas “não-cidadãs”, a qual ele identifica com o conceito de não-nacionais elaborado acima², compreende os migrantes internacionais que migram por razões sociais ou econômicas, refugiados e solicitantes de refúgio, apátridas, bem como pessoas que o autor qualifica como “não-imigrantes”, tais como pessoas detentoras de visto temporário de trabalho, estudantes internacionais e turistas, na medida em que mantêm estes também a condição de não-nacional.

No contexto da globalização e da economia de mercado capitalista, a mobilidade humana internacional se tornou tópico relevante em um mundo progressivamente mais interconectado (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017c). Não obstante, ainda que a livre circulação de bens, serviços, capitais e pessoas constituam os pilares centrais da economia de mercado, alguns Estados têm se mostrado reticentes quando não são expressamente contrários ao livre movimento de pessoas (WEISSBRODT, 2008, p. 1). A contrário senso, na visão das Nações Unidas, os fluxos migratórios internacionais, desde que amparados por políticas apropriadas nos Estados receptores, podem trazer notáveis benefícios a todos os países, nomeadamente em termos de crescimento e desenvolvimento econômico inclusivo e sustentável tanto para as comunidades que os recebem, como para as comunidades de origem dos migrantes³ (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017c).

Com efeito, de acordo com a estimativa mais recente realizada pela Organização das Nações Unidas, apresentada no *United Nations International Migrations Report* de 2017, aproximadamente 258 milhões de pessoas vivem em um país diferente daquele no qual nasceram e, portanto, podem ser qualificados como migrantes internacionais ou pessoas em situação de mobilidade humana internacional (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017c). Dessa feita, considerando-se as diferentes categorias de não-nacionais indicadas por

² Acerca da terminologia adotada por Weissbrodt, é válido mencionar a lição de Celso Lafer (1988, p. 135) em que assevera que os termos “nacionalidade” e “cidadania” são frequentemente utilizados como sinônimos, nomeadamente nos textos de Direito Internacional dos Direitos Humanos, ainda que em diferentes ordenamentos jurídicos nacionais essa identificação entre os dois conceitos seja imprecisa e incorreta.

³ Como exemplos destes benefícios, destacam-se: o envio de remessas financeiras para os países de origem dos migrantes internacionais, as quais de acordo com a ONU perfizeram somente no ano de 2016 o montante de US\$ 416 bilhões no mundo todo, bem como o preenchimento de lacunas cruciais do mercado de trabalho, ou criando vagas de emprego como empreendedores, e, evidentemente, o pagamento impostos e contribuições previdenciárias nos países receptores (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017c).

Weissbrodt, em particular aquelas de pessoas não-imigrantes, é possível concluir, à luz dos números estimados pela Organização das Nações Unidas, que a categoria de não-nacionais considerada como um todo abarca uma parcela expressiva da população mundial, fazendo, portanto, deste um tópico relevante tanto para o Direito Internacional, como para o nacional, na medida em que afeta tão significativo número de pessoas ao redor de todo o globo.

Outrossim, do ponto de vista do Direito Internacional dos Direitos Humanos, os não-nacionais, sejam eles migrantes internacionais ou não, em situação regular ou irregular, são pessoas que se encontram, em regra, em situação de vulnerabilidade em comparação aos nacionais do país receptor. Isso se deve a uma miríade de diferentes razões, tais como discriminação por parte da sociedade e das autoridades do país receptor motivada por um discurso xenófobo, bem como o receio de invocar os seus direitos por temer alguma forma de sanção por parte do Estado receptor e a impossibilidade de participação do processo político de afirmação e defesa desses direitos, por exemplo, por meio do exercício do direito ao voto, o qual é, em muitos sistemas legais, vedado aos não-nacionais (WEISSBRODT, 2008, p. 3)

Nesta ordem de ideias, impende salientar que o tratamento dado pelos Estados aos não-nacionais, especialmente no que concerne aos procedimentos de retirada compulsória de seu território, é ainda um tópico bastante controverso, e por isso relevante, no debate sobre políticas públicas para migrações em muitos países, e conseqüente nos níveis do Direito Internacional e do nacional (HARRIS e SIVAKUMARAN, 2015, p. 465; MURPHY, 2013, p. 164).

Do ponto de vista do Direito Internacional, a tensão entre o princípio da soberania estatal e os direitos subjetivos dos não-nacionais sujeitos a medidas de retirada compulsória está no centro deste debate. Nesse sentido, a prática dos Estados relativa aos diversos aspectos das medidas de retirada compulsória tem evoluído e a jurisprudência internacional sobre o assunto tem se acumulado desde meados do século 19, ao passo que contemporaneamente inúmeros tratados internacionais em vigor contêm dispositivos que incidem sobre um ou outro aspecto deste tópico. Entretanto, convém asseverar que o tópico como um todo não está fundado em norma de direito internacional costumeiro, tampouco em convenção internacional de natureza universal, razão pela qual a CDI se empenhara em codificar e promover o desenvolvimento progressivo das normas fundamentais de Direito Internacional sobre a retirada compulsória de não-nacionais por meio dos já referidos Projetos de Artigos sobre Expulsão de Alienígenas (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 1).

No plano do Direito doméstico brasileiro, percebe-se que o tema das medidas de retirada compulsória é de considerável pertinência, haja vista que a recente entrada em vigor da nova Lei de Migração, em novembro de 2017, e com a conseqüente revogação do Estatuto do

Estrangeiro de 1980, houve uma quebra no paradigma da política e da legislação migratória brasileira, superando-se a doutrina de segurança nacional em favor de parâmetros axiológicos que preconizam pelos Direitos Humanos dos migrantes. Nesse contexto, foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da nova Lei, importantes inovações em matéria de medidas de retirada compulsória e seus respectivos procedimentos, fato que me levava a indagar inicialmente a respeito da sua compatibilidade, sob este prisma, em relação aos Artigos da CDI.

Diante de todo o exposto, o presente estudo, que fora desenvolvido a partir de abordagem qualitativa, apresentando natureza básica, objetivo exploratório e procedimentos bibliográfico e documental, será dividido em três grandes partes.

Na primeira parte, serão apresentados os Projetos de Artigos sobre Expulsão de Alienígenas da CDI, com destaque para seus precedentes e sua gênese, a questão de sua natureza jurídica no contexto das fontes de Direito Internacional, bem como os seus aspectos conceituais fundamentais. Já na segunda parte, será conduzida uma análise das medidas de retirada compulsória de não-nacionais prevista na nova Lei de Migração brasileira, perpassando por uma abordagem conceitual sobre política imigratória, bem como tratando sobre os desenvolvimentos e mudanças na política e legislação migratórias nacionais, colimando na apresentação das medidas de retirada compulsória em espécie. A partir dessa abordagem, pretende-se contextualizar e fornecer os subsídios necessários para que o leitor tenha uma compreensão adequada sobre a discussão que será travada na terceira parte desta monografia.

Isto posto, na terceira e mais extensa parte deste trabalho, proceder-se-á à análise comparativa entre os textos dos Projetos de Artigos da CDI e da nova Lei de Migração, nos dispositivos em que trata especificamente sobre a questão da retirada compulsória, a fim de se verificar a compatibilidade entre estes instrumentos. Para tanto, será, em um primeiro momento, delimitado o escopo do conteúdo da legislação brasileira em matéria de medidas de retirada compulsória que será, efetivamente, analisado à luz dos Artigos da CDI. Resolvida esta questão, as seções seguintes serão divididas de acordo com as subdivisões dos Projetos de Artigos, haja vista que o objetivo central desta investigação consiste, precisamente, em situar esta matéria, conforme previstas no ordenamento jurídico brasileiro, no contexto mais amplo dos desenvolvimentos consolidados nos supramencionados Artigos da CDI. Ademais, tendo em vista a ainda parca produção de literatura e jurisprudência específicas sobre a nova Lei de Migração, dada a recente entrada em vigor deste diploma, será enfatizada neste trabalho a análise do texto legal da novel legislação migratória brasileira, à luz do texto dos Projetos de Artigos, de seus comentários oficiais, bem como da bibliografia relevante nas áreas de Direito Internacional Público, de Direito Constitucional e de Direito Administrativo.

2 OS PROJETOS DE ARTIGOS SOBRE EXPULSÃO DE ALIENÍGENAS

A fim de compreender a relevância dos Projetos de Artigos sobre Expulsão de Alienígenas da CDI para o desenvolvimento deste trabalho, na primeira seção desta primeira parte será investigada a natureza e o funcionamento do trabalho da Comissão, bem como o processo de elaboração dos Projetos de Artigos supramencionados, colocando-se a questão de sua eventual natureza jurídica, tendo em vista que ainda indefinida, em seu atual estágio de tramitação no âmbito da Assembleia Geral das Nações Unidas. Feitas essas considerações, na segunda seção será discutido como os Projetos de Artigos se inserem no contexto das fontes de Direito Internacional, distinguindo-se os eventuais efeitos para os destinatários das normas, nomeadamente quanto à sua vinculação, a depender da natureza jurídica que será elegida. Por fim, na terceira seção, passa-se à análise do conteúdo substancial dos Projetos de Artigos, ao se propor uma tentativa conceitual de expulsão de não-nacionais, a qual servirá de ponto de partida para a análise central proposta para este trabalho, qual seja a relação entre as medidas de retirada compulsória previstas no Direito brasileiro e os parâmetros normativos vislumbrados pela CDI.

2.1 O TRABALHO DA COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL E A NATUREZA JURÍDICA DOS PROJETOS DE ARTIGOS EM PERSPECTIVA

A Comissão de Direito Internacional (CDI) é um órgão subsidiário da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), composto por trinta e quatro membros de nacionalidades necessariamente distintas, eleitos para um mandato de cinco anos, os quais devem ser pessoas de competência reconhecida no campo do Direito Internacional (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1947). Criada pela Resolução da Assembleia Geral 174 (II) de 21 de novembro de 1947, a CDI tem como objetivo principal, nos termos do Artigo 1º, parágrafo 1º, de seu Estatuto, a promoção do desenvolvimento progressivo e da codificação do Direito Internacional (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1947).

No que concerne às funções precípua da Comissão, esclarece o Estatuto da CDI, em seu Artigo 15, que a expressão “desenvolvimento progressivo do Direito Internacional” deve ser identificada com o processo de elaboração de projetos de convenções em matérias que ainda não tenham sido reguladas pelo Direito Internacional ou com relação às quais o direito ainda não tenha sido suficientemente desenvolvido na prática dos Estados que integram a comunidade internacional. A “codificação do Direito Internacional” por seu turno, na dicção do mesmo dispositivo, deve ser entendida como a sistematização e formulação mais precisa das normas

de Direito Internacional em campos nos quais já exista extensiva prática dos Estados, bem como precedentes e doutrina (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1947).

O procedimento que é usualmente adotado pela Comissão a fim de cumprir o seu mandato estatutário consiste, justamente, na elaboração de conjuntos de projetos de artigos ou de outros documentos, baseados em relatório feitos por um membro da Comissão designado como “Relator Especial” ou por um grupo de trabalho ou grupo de estudos criados com esta função específica (HARRIS e SIVAKUMARAN, 2015, p. 56-57). Com efeito, do trabalho realizado pela CDI já resultaram diversos instrumentos legais de fundamental importância no ordenamento jurídico internacional⁴ (HARRIS e SIVAKUMARAN, 2015, p. 56).

Neste contexto, em 2014, a CDI, em sua sexagésima sexta sessão, adotara os Projetos de Artigos sobre Expulsão de Alienígenas (“*Draft Articles on the Expulsion of Aliens*”, em inglês), fato que marcou um importante avanço no desenvolvimento do Direito Internacional das migrações (NEUMAN, 2017, p. 3). Outrossim, é interessante observar que este fora o primeiro conjunto de Projetos de Artigos adotados pela Comissão no campo dos direitos humanos, desde a sua criação, em 1947 (FORTEAU, 2017, p. 32).

Dito isso, cumpre ressaltar que a gênese deste projeto remonta ao ano 2000, quando a Comissão, com base na recomendação de um Grupo de Trabalho sobre o programa de trabalho de longo prazo da Comissão, identificara o tópico “Expulsão de alienígenas” para inclusão na sua agenda (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2000, paras. 726-727). No ano seguinte, a Assembleia Geral das Nações Unidas, havendo notado que a Comissão incluía o tópico no seu programa de trabalho, requereu, consoante a Resolução 56/82 de 12 de dezembro de 2001, à Comissão que o considerasse em maior profundidade (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2001).

Somente em 2004, a Comissão, em sua quinquagésima sexta sessão, decidiu incluir definitivamente o tópico “Expulsão de alienígenas” em seu programa de trabalho, apontando Maurice Kamto, do Camarões, então membro da Comissão, como Relator Especial para o tópico, como é a práxis da CDI (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2004). Na sessão seguinte, em 2005, a Comissão já contava com um relatório preliminar, produzido pelo Relator

⁴ Exemplos de importantes instrumentos de Direito Internacional que foram concebidos pela CDI incluem: a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, cujos projetos de artigos que resultariam na Convenção que em grande medida codificou a prática costumeira dos Estados nesta área, foram apresentados por sucessivos Relatores Especiais da CDI (HENRIKSEN, 2017); outro exemplo notável são os Artigos sobre Responsabilidade de Estados da CDI (“*Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*”, em inglês), adotados em 2001, os quais ainda que não tenham sido transformados em um tratado internacional (o que é pouco provável que ocorra), já foram referenciados em diversos casos e reconhecidos como expressão de costume internacional no que concerne à matéria de responsabilidade estatal internacional (HENRIKSEN, 2017).

Especial, estabelecendo uma visão geral do assunto, salientando quais os problemas jurídicos que o tópico suscitava e quais as dificuldades metodológicas atreladas à consideração destes temas pela Comissão (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005). Acerca da relevância do tópico, enfatizou o Relator Especial naquela ocasião, que

[t]he topic of the expulsion of aliens is of particular interest today insofar as it reveals the contradiction between technical and economic globalization, which promotes greater trade flows between nations, and the raising of barriers based on sovereignty which hinder or block the movement of persons by creating selection procedures for distinguishing between those who have the right to enter and reside in the territory of a State or group of States, and those who lack that right. With the development and rapidity of modern means of transport, migratory flows from one country to another and from one part of the world to another have [...] exploded, intensified by development inequalities between nations which lead more and more marginalized people from poor countries to seek entry into rich countries in the hope of a better future.⁹ But, paradoxically, national borders are becoming less permeable and the manner in which aliens are received varies according to all manner of considerations, including the applicants' economic potential, their scientific expertise and even their religious beliefs. The unprecedented scope of international terrorism and the ongoing threat that it represents only make matters worse; they have aggravated national tensions that had long been based primarily on social and economic egotism and xenophobia. The key problem in this area is how to reconcile the right to expel, which seems inherent in State sovereignty, with the demands of international law and, in particular, the fundamental rules of human rights law⁵. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005, parágrafo 5)

Desde a submissão do primeiro relatório preliminar, o Relator Especial submeteu outros oito relatórios analisando o direito aplicável à expulsão de não-nacionais, bem como propusera uma série de projetos de artigos, de um lado codificando e de outro promovendo o desenvolvimento progressivo do direito nesta área (MURPHY, 2013, p. 164). Após muitos anos de trabalho, por meio de discussões nas sessões plenárias da CDI e do comitê de redação (“*drafting committee*”, em inglês) encarregado de elaborar os Projetos de Artigos, no ano de 2012, o tópico sobre a expulsão de não-nacionais dominou as discussões da sexagésima quarta

⁵ “O tópico sobre a expulsão de alienígenas é de particular interesse hoje, porquanto revela a contradição entre a globalização técnica e econômica, a qual promove maiores fluxos comerciais entre nações, e o erguimento de barreiras baseadas na soberania, as quais dificultam ou impedem o movimento de pessoas ao criar procedimentos seletivos para distinguir entre aqueles que têm o direito de entrar e residir no território de um Estado ou Grupo de Estados, e aqueles que não dispõem deste direito. Com o desenvolvimento e rapidez dos meios de transporte modernos, fluxos migratórios de um país para outro e de uma parte do mundo para outra [...] explodiram, intensificados por desigualdades em termos de desenvolvimento entre as nações, o que leva mais e mais pessoas marginalizadas de países pobres a buscar entrada em países ricos, com a esperança de um futuro melhor. Mas, paradoxalmente, as fronteiras nacionais estão se tornando menos permeáveis e a maneira em que não-nacionais são recebidos varia de acordo com toda a sorte de considerações, incluindo o potencial econômico do solicitante, sua expertise científica, e mesmo sua crença religiosa. A extensão sem precedentes do terrorismo internacional e a ameaça contínua que representam somente tornam as coisas mais difíceis; isto agravou as tensões nacionais que há muito foram baseadas sobretudo em egotismo social e econômico e xenofobia. O problema-chave nesta área consiste em como reconciliar o direito de expulsão, o qual parece inerente à soberania estatal, com as demandas do Direito Internacional e, em particular, as normas fundamentais de direito dos direitos humanos” (tradução nossa).

sessão da CDI, da qual resultara a adoção, em primeira leitura, de 32 artigos, acrescidos de comentários, acerca do poder dos Estados de remover coercitivamente não-nacionais do seu território (MURPHY, 2013, p. 164).

Após a adoção, os Projetos de Artigos foram enviados pela Comissão, em observância ao disposto nos Artigos 16 a 21 do seu Estatuto, aos governos dos Estados-membros das Nações Unidas para que pudessem emitir comentários e observações a respeito dos artigos propostos pela CDI, a serem remetidos até 1º de janeiro de 2014 à Comissão, para que esta pudesse revisar e aprimorar os artigos e comentários (MURPHY, 2013, p. 168; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2018a). Em agosto do mesmo ano, havendo feito as alterações que entendera necessárias, a CDI havia adotado os Projetos de Artigos em sua versão final (FORTEAU, 2017, p. 29). Em seu texto final, os 31 Projetos de Artigos adotados estão divididos em cinco partes: (1) a Primeira Parte trata das “disposições gerais”, delimitando o escopo, dando a definição de “alienígena” e “expulsão” para fins do Projeto de Artigos, bem como estabelecendo as regras gerais e requisitos para expulsão; (2) a Segunda Parte versa sobre os diversos casos de proibição da expulsão; (3) a Terceira Parte abarca a questão da proteção dos direitos dos não-nacionais sujeitos à expulsão; (4) a Quarta Parte trata das regras processuais específicas ao processo de expulsão; e (5) a Quinta Parte prevê as consequências legais da expulsão (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 2).

Todavia, a Assembleia Geral das Nações Unidas fora incapaz de endossar, ou mesmo de tomar nota dos Projetos de Artigos da CDI, durante sua sexagésima nona sessão, em 2014, havendo tão-somente decidido, consoante a Resolução 69/119, que a recomendação da Comissão para que os analisasse continuasse a ser considerada na septuagésima segunda sessão da Assembleia Geral, em 2017 (FORTEAU, 2017, p. 29; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2014). No âmbito dos debates do Sexto Comitê da Assembleia Geral das Nações Unidas, que trata de assuntos jurídicos, durante aquela mesma sessão, fora questionada por alguns países lá representados a necessidade deste novo instrumento (FORTEAU, 2017, p. 31). Do debate do Sexto Comitê naquela ocasião, concluiu Mathias Forteau (2017, p. 32), que fora membro da Comissão de Direito Internacional entre 2012-2016, que para que os Projetos de Artigos representem, aos olhos dos Estados-membros da ONU, uma inovação admissível no ordenamento jurídico internacional, deverão necessariamente evitar entrar em conflito com tratados existentes e, ao mesmo tempo, adicionar algum valor comparado aos tratados existentes, isto é, somente codificando ou propondo novas normas em áreas nas quais há lacunas a serem colmatadas.

Com efeito, devido ao largo escopo dos Projetos de Artigos na particularmente sensível área de política e direito migratórios, este projeto da CDI enfrentou a oposição de muitos Estados (FORTEAU, 2017, p. 29). As respostas negativas se devem não apenas a resistências ao desenvolvimento progressivo no campo do Direito Internacional das migrações, mas também em razão da dificuldade em se conciliar os Projetos de Artigos com o corpo de Direito Internacional existente, nomeadamente os tratados multilaterais universais e regionais que contêm dispositivos disciplinando matérias que são abarcadas pelos Projetos de Artigos (FORTEAU, 2017, pp. 29-30). Neste contexto, verifica-se que os Projetos de Artigos, em razão do seu propósito e abrangência, inevitavelmente se sobrepõem aos tratados internacionais de Direitos Humanos em vigor (FORTEAU, 2017, p. 30), tais como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP)⁶ e a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes⁷.

Por essa razão, a CDI buscou conciliar os Projetos de Artigos a normas de Direito Internacional preexistentes determinando, no Projeto de Artigo 3, que a expulsão de não-nacionais se dará de acordo com o conjunto dos Projetos de Artigos, sem prejuízo (“*without prejudice*”) das demais normas de Direito Internacional aplicáveis, nomeadamente aquelas de direitos humanos (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014). O objetivo de incluir o termo “sem prejuízo” na parte final do Projeto de Artigo 3 é o de permitir a aplicação cumulativa dos Projetos de Artigos (entendidos como uma fonte normativa consolidada em um único instrumento) e os tratados internacionais em vigência, indicando, portanto, que a expulsão de não nacionais deve observar a ambos os regramentos (FORTEAU, 2017, p. 33).

É interessante observar, neste contexto, que a CDI tratou de assegurar que a linguagem utilizada nos Projetos de Artigos fosse consistente com a linguagem incorporada nos tratados internacionais existentes, ao imitar a redação destes tratados (FORTEAU, 2017, p. 33). De fato,

⁶ O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) de 1966 é um tratado de direitos humanos basilar, o qual trata de uma vasta variedade de direitos e liberdades civis e políticos (HENRIKSEN, 2017). O PIDCP, juntamente à Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), constituem a tríade denominada “*International Bill of Human Rights*”. O PIDCP foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966 e entrou em força em 1976. Atualmente o PIDCP contava com 117 Estados-partes (dados de 11 de outubro de 2018). No Brasil, fora promulgado por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

⁷ A Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes é um tratado de direitos humanos especificamente elaborado para assegurar a proteção do direito de não sofrer tortura ou maus-tratos, porquanto determina a proibição global da tortura e outros tratamentos e penas cruéis, desumanos ou degradantes e cria um instrumento para monitorar governos e obriga-los a prestar contas (RODLEY, 2018). A Convenção contra a Tortura foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1984 e entrou em vigor em 26 de junho de 1987. Em 11 de outubro de 2018, a Convenção contra a Tortura conta com 113 Estados-partes. A Convenção fora promulgada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991.

esta técnica de redação tem sido utilizada pela CDI desde há longa data, tendo sido empregada em uma série de Projetos de Artigos (FORTEAU, 2017, p. 33). Trata-se de técnica que, por um lado, visa a prevenir eventuais inconsistências em relação ao corpo de Direito Internacional preexistente que resultariam de uma abordagem “criativa” do processo de redação destes instrumentos legais e, por outro lado, preocupa-se em não obstaculizar o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional, de modo que só será empregada “*to the extent that it does not prevent any progressive development of international law that the ILC may be willing to recommend*”⁸ (FORTEAU, 2017, pp. 33-34).

Por essas razões, na sexagésima sexta sessão da Assembleia Geral da ONU, em 2017, no âmbito do seu Sexto Comitê, alguns Estados (novamente) questionaram a pertinência e a necessidade em elaborar um eventual tratado multilateral baseado nos Projetos de Artigos, sobretudo devido a divergências de opinião entre os Estado em relação a determinados pontos e ao caráter mutável de muitos dos seus aspectos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017b), os quais eventualmente restariam “engessados” sob a forma de um tratado internacional. Como solução para um provável impasse, um grupo de Estados propusera ainda naquela ocasião que os Projetos de Artigos da CDI deveriam assumir não a forma de um tratado vinculante, mas sim a de um conjunto de diretrizes orientadoras (“*guidelines*”, em inglês) (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2018a).

Diante do exposto, cumpre referir que a Assembleia Geral, em sua Resolução 72/117, de 7 de dezembro de 2017, decidira incluir o tópico “Expulsão de Alienígenas” na agenda provisória da sua setuagésima quinta sessão, que ocorrerá em 2020, visando a, *inter alia*, examinar a questão da forma que deverá ser dada aos Projetos de Artigos da CDI ou qualquer outra ação apropriada (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017a).

Em vista disso, considerando, portanto, que a natureza jurídica dos Projetos de Artigos resta ainda indefinida, há que se tecer alguns comentários a respeito das fontes de Direito Internacional, nomeadamente no que concerne ao seu caráter vinculante e as repercussões nos planos doméstico e internacional. Esta abordagem será essencial para que se possa compreender os motivos pelos quais se adotou o Projeto de Artigos como referencial analítico deste trabalho.

2.2 ANÁLISE CONTEXTUAL: OS PROJETOS DE ARTIGOS COMO FONTE DE DIREITO INTERNACIONAL, A DISTINÇÃO ENTRE “*HARD LAW*” E “*SOFT LAW*” E SUAS IMPLICAÇÕES PARA OS ESTADOS

⁸ “Na medida em que não obstaculize quaisquer desenvolvimentos progressivos do Direito Internacional que a CDI esteja inclinada a recomendar” (tradução nossa).

Como em qualquer outra área do Direito, quando se busca pelo conteúdo do Direito Internacional, deve-se olhar para as suas fontes, ou seja, para o conjunto de normas que constituem o sistema legal internacional. Desde uma perspectiva prática, as fontes de Direito Internacional servem como ferramentas argumentativas à disposição do jus-internacionalista. Não obstante, desvendar qual o direito não é tarefa fácil no campo do Direito Internacional público, em razão da ausência de uma legislatura universal, ou de um sistema de cortes supranacionais dotadas de jurisdição compulsória, bem como do fato de que o Direito Internacional é, por definição, um sistema legal descentralizado, de sorte que as obrigações legais no plano internacional podem derivar de mais de uma fonte particular (HENRIKSEN, 2017, pp. 21-22).

Isto posto, insta consignar que até o presente momento, a tentativa mais significativa de sistematizar as fontes de Direito Internacional público formalmente reconhecidas, consoante James Crawford (2012, p. 20), permanece sendo o Artigo 38, parágrafo 1º, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), *in verbis*:

1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:
 - a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
 - b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
 - c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
 - d. sob ressalva da disposição do artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Ocorre que, ainda que as fontes de Direito Internacional estejam dispostas separadamente, tal como no Artigo 38, parágrafo 1º, do Estatuto da CIJ, na prática estas fontes influenciam umas às outras (CRAWFORD, 2012, p. 20). É o caso, por exemplo, da inter-relação entre direito dos tratados e direito internacional costumeiro. Em síntese, o direito internacional costumeiro, ou costume internacional, existe quando uma determinada forma de comportamento é seguida pelos Estados em suas relações interestatais de forma recorrente, como uma prática generalizada (elemento objetivo, denominado “prática estatal”), e essa prática é aceita pelos Estados como legalmente vinculante (elemento subjetivo, conhecido como “*opinio iuris*”) (CRAWFORD, 2012, pp. 24-25; HENRIKSEN, 2017, p. 25-27).

Nesse sentido, como a própria CDI já reconheceu em diversas ocasiões, os tratados internacionais podem contribuir à cristalização de uma norma de direito costumeiro

internacional ou mesmo ao seu desenvolvimento progressivo (FORTEAU, 2017, p. 30). Dessa feita, quando o conteúdo de uma norma que encontra seu fundamento em um tratado e uma obrigação fundada em um costume internacional são idênticas, as duas fontes tendem a complementar e reforçar uma à outra (HENRIKSEN, 2017, p. 29). Entretanto, é importante assinalar que ainda que uma norma prevista em um tratado venha a cobrir a mesma matéria de uma norma costumeira, coexistirão separadamente essas duas normas no ordenamento jurídico internacional (SHAW, 2017, p. 71).

Outrossim, em que pese a indiscutível relevância do direito costumeiro no Direito Internacional, cumpre observar que as fontes de obrigações mais importantes no âmbito do Direito Internacional são, todavia, os tratados ou convenções internacionais (CRAWFORD, 2012, p. 30), porquanto representam ““*the most direct and formal way for states to create right and obligations under international law*”⁹ (HENRIKSEN, 2017, p. 23). A base legal das obrigações fundadas nos tratados internacionais é o consentimento dos Estados em se obrigar com relação às suas disposições, ao seu conteúdo, de tal forma que os tratados só podem, evidentemente, criar obrigações para aqueles Estados que consentirem (HENRIKSEN, 2017, p. 24). Uma vez em vigor, o Estado que consentira em se obrigar com relação ao tratado deverá cumprir seus termos em boa-fé, de acordo com o princípio geral de direito *pacta sunt servanda* (CRAWFORD, 2012, p. 377).

Antes de avançar mais na análise sobre as fontes, há que se fazer, contudo, uma distinção quanto às duas estruturas substantivas do Direito Internacional Público, as quais Anders Henriksen (2017, p. 10) denomina “Direito Internacional da coexistência” e “Direito Internacional da cooperação”.

O Direito Internacional da coexistência, também chamado de “Direito Internacional geral”, em termos de estrutura legal é horizontal, pois se ocupa mormente com a maneira em que os Estados soberanos interagem entre si no âmbito das suas relações internacionais, e muito pouco com a maneira como a autoridade soberana do Estado é constituída ou exercida em relação aos cidadãos deste Estado (HENRIKSEN, 2017, pp. 10-11). Nesta categoria se encaixam os tópicos clássicos de Direito Internacional, como delimitação de fronteiras, reconhecimento de Estados e governos, e jurisdição e imunidades (HENRIKSEN, 2017, p. 10).

O Direito Internacional da cooperação, por seu turno, versa sobre aquelas questões que não envolvem dois os mais Estados em suas relações horizontais, mas que seriam, de outra sorte, tratadas somente pelo direito interno, não fosse pela adoção de tratados internacionais as

⁹ “A maneira mais direta e forma para os Estados criarem direitos e obrigações sob o Direito Internacional” (tradução nossa).

elevando a questões de pertinência internacional (HENRIKSEN, 2017, pp. 10-11). De fato, como estrutura de Direito Internacional, o Direito Internacional da cooperação é relativamente mais “jovem”, por assim dizer, havendo emergido após o fim da Segunda Guerra, quando os Estados criaram organizações às quais foram conferidas competências para lidar com questões que até então estavam adstritas à esfera doméstica dos Estados, pois se entendia que eram questões de interesse exclusivamente nacional (HENRIKSEN, 2017, p. 11). Deste processo resultou que o Direito Internacional passou a se ocupar também da maneira como a autoridade fundada na soberania estatal era exercida dentro dos próprios Estados (HENRIKSEN, 2017, p. 11). É nesta categoria de Direito Internacional da cooperação que se encaixa o ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, área que abrange o primeiro objeto central deste estudo, a saber, os Projetos de Artigos da CDI.

Ademais, é fundamental observar, acerca do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que em seu atual estágio, este ramo do Direito Internacional deriva primariamente de tratados multilaterais de escopo universal e regional, os quais podem ser também denominados convenções, cartas, pactos, protocolos ou mesmo estatutos (CHINKIN, 2018, p. 65). Isto posto, cumpre observar que os tratados de direitos humanos, em razão de seu objeto e finalidade, em vez de estabelecer uma troca recíproca de direitos e deveres entre Estados-partes, tal qual tratados de Direito Internacional da coexistência, visam, na realidade, a impor aos Estados-partes restrições no tratamento dos indivíduos que se encontram em seu território ou sob sua jurisdição (CHINKIN, 2018, p. 66; HENRIKSEN, 2017, p. 10). Outrossim, uma das principais vantagens da adoção de tratados no campo dos direitos humanos é que a aderência generalizada a esses tratados confere certa uniformidade no entendimento dos Estados quanto às exigências do Direito Internacional dos Direitos Humanos (CHINKIN, 2018, p. 67).

No que se refere à incorporação das normas de Direito Internacional de Direitos Humanos ao Direito interno, cumpre ressaltar, de plano, que a proteção dos Direitos Humanos pelos Estados por meio da sua formalização sob o Direito doméstico constitui um aspecto fundamental para a realização desses direitos. Existem diferentes formas de conferir proteção legal aos Direitos Humanos, no plano dos sistemas legais nacionais, tais como a incorporação de tratados internacionais no Direito doméstico, a garantia constitucional dos Direitos Humanos, ou ainda a proteção legislativa dos Direitos Humanos, quer na forma de uma legislação geral sobre Direitos Humanos, quer por meio da adoção de legislação específica sobre determinada matéria (BYRNES e RENSHAW, 2018, pp. 482-483).

Com efeito, uma vez internalizadas no ordenamento jurídico doméstico, as normas de tratados internacionais de Direitos Humanos possuem o condão de oferecer proteção

significativa aos seus destinatários, podendo ser invocadas perante autoridades judiciais e administrativas, sempre que uma pessoa que o direito protegido por uma norma desta natureza tenha sido vulnerado ou violado. Nesse contexto, acerca do debate sobre a posição que o Direito Internacional ocupa dentro dos sistemas legais nacionais, é necessário distinguir entre os sistemas monistas, nos quais as normas de Direito Internacional ingressam no ordenamento jurídico doméstico sem a necessidade de transformação legislativa, e aqueles sistemas dualistas, de acordo com os quais as normas de Direito Internacional somente ingressam a ordem jurídica interna mediante adoção ou transformação por meio de aprovação legislativa (BYRNES e RENSHAW, 2018, p. 484). Dessa feita, em países que seguem o modelo dualista, o mero ato de ratificar um tratado internacional não faz com que o tratado passe a vigor diretamente na ordem interna até que seja adotado por meio de um ato dotado de força legislativa, tal como uma lei ou um decreto (BYRNES e RENSHAW, 2018, p. 488)

Nesta ordem de ideias, é importante também salientar que é prática comum entre os Estados criar normas de comportamento de caráter não vinculante, naquelas situações em que, levando-se em consideração o escopo e eventuais implicações da norma proposta, não possuem intenção de consentir em se obrigar (HENRIKSEN, 2017, p. 37), vale dizer, quando o eventual caráter vinculante da norma internacional que está sendo discutida comprometeria as chances de adesão por parte dos Estados, tornando-a inócua no sistema legal internacional.

Com efeito, ao passo que as normas de Direito Internacional legalmente vinculantes, tais como os tratados internacionais e o direito internacional costumeiro, são denominadas normas de “*hard law*”, aqueles documentos, instrumentos legais, ou dispositivos contidos em tratados que não possuem força vinculante são referidos como “*soft law*” (HENRIKSEN, 2017, p. 37; SHAW, 2017, p. 87). Essa terminologia indica, como pontua Malcolm Shaw, que os instrumentos de “*soft law*” não são *per se* “direito” (“*law*”, em inglês), porém sua importância no desenvolvimento do ordenamento jurídico internacional é digna de atenção, posto que ainda que não constituam normas vinculantes aos seus destinatários, os Estados, exercem alguma influência na política e nas relações internacionais (SHAW, 2017, pp. 87-88).

Além disso, em comparação ao “*hard law*”, os instrumentos de “*soft law*” podem ser mais rápidos e flexíveis para os Estados concluírem e aderirem, e ainda que não tenham por objetivo a criação de obrigações vinculantes aos Estados, ainda assim refletem a intenção política daqueles que aderem de agir de uma determinada maneira (SHAW, 2017, p. 88). Nesse sentido, ainda que a violação de uma norma de “*soft law*” não enseje uma resposta na forma de sanção legal, o preço político associado ao não cumprimento deste compromisso pode ser elevado (HENRIKSEN, 2017, p. 37). Ademais, outra vantagem significativa da adoção de

instrumentos de “*soft law*”, em razão de sua flexibilidade, facilitam a obtenção de consensos políticos em questões sensíveis, trazendo-as para a agenda internacional, definindo o escopo da preocupação internacional, assim fornecendo diretrizes (“*guidelines*”, em inglês) de comportamento para os Estados que podem, com o tempo, acabar gerando a prática estatal necessária à formação de uma norma costumeira (CHINKIN, 2018, p. 82), cristalizando-se em costume internacional, assim como podem eventualmente servir de base para um tratado vinculante (HARRIS e SIVAKUMARAN, 2015, p. 55).

Dito isto, a fim de ilustrar a discussão trava acima, tem-se que a categoria do “*soft law*” inclui uma enorme gama de diferentes instrumentos, nomeadamente resoluções de organização internacionais, declarações interpretativas, relatórios adotados por agências internacionais e instrumentos finais de cúpulas globais, códigos de conduta, *standards* de comportamento e diretrizes (“*guidelines*”)¹⁰ (HENRIKSEN, 2017, p. 37; CHINKIN, 2018, p. 81).

Diante de todo o exposto, insta observar que durante a septuagésima segunda sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 2017, muitas delegações representadas no Sexto Comitê da Assembleia Geral afirmaram que os Projetos de Artigos, de fato, constituiriam uma importante contribuição como um conjunto de diretrizes não vinculantes a serem seguidas pelos Estados, porém consideraram que a elaboração de uma convenção com base nesses artigos seria prematura ou desnecessária, em vista dos argumentos que foram explorados na primeira seção desta primeira parte (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017b).

Dessa feita, independente da natureza jurídica que venha a assumir quando a Assembleia Geral da ONU decidir sobre este assunto, entendo que estes Projetos de Artigos da CDI fornecem uma estrutura analítico-conceitual bastante atual e precisa a respeito da discussão sobre a expulsão de não-nacionais do ponto de vista do Direito Internacional. O fato de haver a CDI compilado e discutido nos comentários dos artigos as principais fontes de direito internacional sobre a matéria fora o motivo determinante para a adoção dos Projetos de Artigos como referencial analítico deste trabalho, em que pese a ausência de caráter normativo positivo no ordenamento jurídico internacional¹¹.

¹⁰ Exemplos de “*guidelines*” no campo dos Direitos Humanos incluem: os “*Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of Humanitarian Law*” (Resolução da Assembleia Geral, GA Res 60/147, de 16 dezembro 2005), bem como os “*Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework*” (Resolução do Conselho de Direitos Humanos A/HRC/17/31, de 21 março 2011) (Chinkin 2017).

¹¹ Tal visão é reforçada por Neuman (2017, p. 29) quando salienta que, apesar da recepção pouco calorosa da muitos Estados, este produto do trabalho de quase uma década da CDI é, sem dúvida, digno da atenção e consideração dos estudiosos no campo das migrações internacional.

Dito isso, a partir da próxima seção passa-se a explorar o conteúdo substantivo dos Projetos de Artigos, buscando-se a conceituação básica dos seus elementos centrais, como um ponto de partida para a análise de compatibilidade entre os Projetos de Artigos e a nova Lei de Migração brasileira que será feita na terceira parte deste trabalho.

2.3 AS DEFINIÇÕES DE “ALIENÍGENA” E DE “EXPULSÃO” NOS PROJETOS DE ARTIGOS DA CDI: UM REFERENCIAL POSSÍVEL PARA A ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA?

É sabido que o status legal dos alienígenas, ou não-nacionais, e o direito aplicável a essas pessoas são questões tradicionalmente tratadas pelo Direito Internacional (GOGOLIN e HAILBRONNER, 2013, parágrafo 1). Hodiernamente, o status dos não-nacionais é disciplinado, no âmbito do Direito Internacional, principalmente pelos tratados internacionais que contêm algum aspecto sobre o tópico, eventualmente suplementados por direito internacional costumeiro (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 2; GOGOLIN e HAILBRONNER, 2013, parágrafo 4). Todavia, inexistente fonte em tratado internacional de escopo universal ou direito costumeiro que abranja integralmente a temática da expulsão (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 2), tendo sido precisamente por esta razão que a CDI elaborara os Projetos de Artigos objeto deste trabalho.

O termo “alienígena” (“*alien*”, em inglês), aqui entendido como sinônimo de “não-nacional”, é definido nos Projetos de Artigos, em seu Artigo 2º, item (b), como “*any individual who does not have the nationality of the State in whose territory the individual is present*”¹² (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 4), abrangendo tanto as pessoas que detêm nacionalidade de outro Estado como aquelas que não detêm nacionalidade alguma, ou seja, as pessoas apátridas (MURPHY, 2013, p. 165; COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 5). Os Projetos de Artigos são, portanto, aplicáveis à retirada compulsória por um Estado de quaisquer não-nacionais presentes em seu território, porém com a expressa exceção, nos termos do Artigo 1, parágrafo 2¹³, daqueles não-nacionais que gozam

¹² “Qualquer indivíduo que não possua a nacionalidade do Estado em cujo território o indivíduo está presente” (tradução nossa).

¹³ Sob o Projeto de Artigo 1, item 2, os não-nacionais que gozem de privilégios e imunidades de Direito Internacional estão expressamente excluídos da proteção dos Projetos de Artigos, porquanto a existência de um regime especial de Direito Internacional regendo as condições sob as quais essas pessoas podem ser compelidas a deixar o território do Estado onde estejam lotadas (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 3). Outrossim, seria facultado, forte no Projeto de Artigo 31, ao Estado de nacionalidade exercer proteção diplomática em relação ao não-nacional que *a priori* não goza de privilégios ou imunidades (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 53). A lógica fundamental subjacente ao Direito das imunidades, cuja fonte principal

de privilégios e imunidades de Direito Internacional, tal como pessoas sob proteção diplomática ou consular (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 2)

Em termos legais, as medidas de retirada compulsória que a CDI identificou com o termo “expulsão” podem ser definidas como aqueles atos unilaterais dos Estados determinando que uma pessoa natural deixe o seu território, se necessário, compulsoriamente (KÄLIN, 2010, parágrafo 1). Ainda que não haja uma terminologia uniforme em ambos os níveis doméstico e internacional, há uma tendência em se caracterizar como “expulsão” a ordem oficial para que o expulsando deixe o território e a “deportação” como a implementação desta ordem naqueles casos em que a pessoa em questão não a segue de modo espontâneo (KÄLIN, 2010, parágrafo 2). Nesta ordem de ideias, o Projeto de Artigo 2, item “a”, define “expulsão” como “*a formal act or conduct attributable to a State, by which an alien is compelled to leave the territory of that State*”¹⁴ (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 4).

Ademais, é fundamental assinalar que a definição de “expulsão” dos Projetos de Artigos independe da nomenclatura que o ato respectivo receber no Direito doméstico (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 4). Independente da terminologia adotada, em linhas gerais, a retirada compulsória de não-nacionais pode ocorrer em três diferentes situações, consoante Walter Kälin (2010, parágrafo 3): (a) quando a pessoa sujeita à expulsão está em situação regular no território do país, por exemplo, sendo detentora de um visto de residência do país que emite a ordem de expulsão; (b) quando a permanência da pessoa no território do Estado não é mais regular, por exemplo, quando o visto ou autorização de residência expira; e (c) quando a presença do não nacional nunca foi regularizada pelo Estado, como é o caso dos migrantes indocumentados, ditos “ilegais”.

Acerca da definição do Projeto de Artigo 2, algumas considerações devem ser tecidas, à luz dos comentários ao referido projeto de artigo. Primeiramente, a distinção entre “ato formal” e “conduta” atribuíveis ao Estado e, em segundo lugar, em que termos a responsabilidade por este ato ou conduta deverá ser atribuída ao Estado.

É imprescindível distinguir o termo “ato formal” de “conduta” atribuível a um Estado, porquanto ao passo que um ato formal consiste em uma decisão proferida pelo órgão estatal competente, determinando, *de jure*, que o não-nacional deixe compulsoriamente o seu território, uma conduta pode assumir tanto a forma de uma ação ou omissão por parte do Estado que possa

é a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, é a ideia de que o Estado territorial, em respeito à igualdade soberana dos Estados, deverá se abster de exercer a sua jurisdição sobre os indivíduos presentes no seu território que estejam protegidos por tais imunidades (HENRIKSEN, 2017, pp. 101 e 120).

¹⁴ “Um ato formal ou conduta atribuíveis a um Estado, por meio das quais o alienígena é compelido a deixar o território daquele Estado” (tradução nossa).

acabar resultando na expulsão, *de facto*, do não-nacional (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 4). Neste contexto, uma omissão poderia ser entendida como a leniência do Estado em relação a uma conduta praticada por indivíduos ou entidades privadas contra o não-nacional, por exemplo, naquelas situações em que o Estado é falho no sentido de proteger adequadamente os não-nacionais de atos hostis perpetrados por atores não-estatais (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 5). Outrossim, na ausência de um ato formal, o que será determinante na definição da existência da medida de expulsão é a intenção do Estado, por meio de uma conduta ativa ou passiva, de retirar o não-nacional do seu território (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 5).

Isto posto, a condição de que a retirada compulsória, seja na forma de um ato formal ou de mera conduta nos termos definidos acima, deverá ser atribuível a um Estado, deve ser entendida à luz dos critérios estabelecidos nos Projetos de Artigos da CDI sobre a Responsabilidade de Estado (*“ILC Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts”*, em inglês), em sua Parte Primeira, Capítulo II (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 4). Isto se deve ao fato de que atos unilaterais praticados por Estados, tal como a expulsão ou deportação, são capazes também de produzir efeitos sob o Direito Internacional Público (CRAWFORD, 2012, p. 416)¹⁵.

Consoante os Projetos de Artigos da CDI sobre a Responsabilidade de Estado de 2001, somente condutas dos próprios órgãos do Estado, ou de outros indivíduos ou atores que tenham agido sob a direção, instigação ou controle efetivo destes órgãos é que são atribuíveis ao Estado, na qualidade de sujeito de Direito Internacional (HENRIKSEN, 2017, p. 131; COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2001, p. 38). Como regra geral, atos de indivíduos privados não são atribuíveis aos Estados, entretanto, lembrando o caso da Corte Internacional de Justiça *“Tehran Hostages”* de 1979¹⁶, a CDI entendeu que um Estado pode incorrer na violação

¹⁵ Com efeito, a questão da responsabilidade pelo eventual descumprimento de obrigações contidas em um sistema legal é questão que todos os sistemas devem enfrentar, e no caso do Direito Internacional, as regras especificando as consequências da violação de obrigações por Estados estão situadas no campo do direito da responsabilidade de Estado (HENRIKSEN, 201, p. 127). Dessa feita, o direito internacional da responsabilidade é, sem dúvida, indispensável para o bem funcionamento do direito internacional e da sociedade internacional que visa a regular e o fato de que uma conduta ilegal pode ser atribuída a um Estado constitui um de seus aspectos centrais (HENRIKSEN, 2017, p. 127).

¹⁶ O caso conhecido como *“Tehran hostages”* fora levado à Corte Internacional de Justiça por pedido dos Estados Unidos, logo após a ocupação de sua Embaixada em Teerã por militantes iranianos em 4 de novembro de 1979, em que membros do corpo diplomático e consular estadunidense foram capturados e feitos reféns. No julgamento do mérito do caso, proferido em 24 de maio de 1980, a CIJ entendeu que o Irã havia violado suas obrigações internacionais em relação aos Estados Unidos sob convenções em vigor entre estes dois países, bem como normas de Direito Internacional geral. Ademais, sustentou a Corte que a violação destas obrigações acarretou a responsabilidade do Irã, pois, ainda que a conduta dos militantes que ocuparam a embaixada não pudesse ser diretamente atribuída ao Estado iraniano, o mesmo não agiu no sentido de prevenir o ataque, ou impedir que se consumasse, ou obrigar que os militantes deixassem as dependências da embaixada e liberassem os reféns.

de suas obrigações internacionais quando possui a obrigação legal (primária) de oferecer proteção efetiva contra atos lesivos de indivíduos privados e não toma as medidas necessárias para evitá-los ou combatê-los (HENRIKSEN, 2017, p. 131; COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2001, p. 39).

Entendida a medida de retirada compulsória como conduta atribuível a um Estado nos termos acima descritos, o Projeto de Artigo 3 prevê expressamente o direito do Estado de retirar unilateralmente um não-nacional presente em seu território (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 6). Como já referido, cumpre reiterar que, por uma questão de princípio, o direito de decidir sobre a admissão, a permanência de uma nacional em seu território e, portanto, sobre a sua expulsão é um direito intrínseco aos Estados, o qual emana da ideia de soberania nacional, tendo sido reconhecido como tal desde há longa data (CRAWFORD, 2012, p. 609; KÄLIN, 2010, parágrafo 4). Nesse sentido, o poder discricionário do Estado para decidir quanto a esta matéria foi durante muito tempo praticamente ilimitado (KÄLIN, 2010, parágrafo 4), porquanto assunto de interesse exclusivamente nacional.

Entretanto, com a emergência de todo um novo corpo de Direito Internacional dos Direitos Humanos a partir da promulgação da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), limitações externas ao exercício dos poderes estatais em relação aos indivíduos em seu território ou sob sua jurisdição têm sido progressivamente adotadas e implementadas nos planos universal e regional (HENRIKSEN, 2017, p. 177). Nesse sentido, é importante salientar que, ainda que os requisitos para reconhecimento de nacionalidade, admissão de não-nacionais, bem como sua expulsão ou extradição, são aspectos comumente regulados pelo Direito doméstico, cabendo ao Direito Internacional estabelecer normas restringindo a discricionariedade dos Estados nesta seara, a qual, não obstante, ainda é largamente exercida (GOGOLIN e HAILBRONNER, 2013, parágrafo 12).

Isto posto, no que concerne à expulsão, a primeira limitação estabelecida pelo Direito Internacional à discricionariedade é o requisito de conformidade das decisões de expulsão com a lei, devendo tais decisões ser fundamentadas, proferidas e implementadas de acordo com o Direito doméstico (KÄLIN, 2010, parágrafo 5). Com efeito, tais requisitos foram incorporados nos Projetos de Artigos 4 e 5, os quais estabelecem, respectivamente, o requisito de conformidade da decisão de expulsão com a lei e a necessidade de fundamentação da expulsão, para que esta

Entendeu a Corte neste caso que o Irã estava obrigado a assegurar a liberação imediata dos reféns e a desocupação das dependências da embaixada, bem como a reparar o dano causado ao governo dos Estados Unidos (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1980).

seja válida, ou lícita (“*lawful*”, em inglês) (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, pp. 6-10). Este tópico será revisitado e aprofundado na terceira parte deste trabalho.

Em última análise, a CDI clarifica no comentário ao Artigo 2 que o termo “expulsão” para fins dos Projetos de Artigos independe da nomenclatura adotada no plano do Direito doméstico, abarcando, portanto, quaisquer formas de retirada compulsória de uma não-nacional do território que se encaixem na descrição formulada pela CDI.

Dessa feita, será um exercício hermenêutico do intérprete verificar a compatibilidade entre o ato do Estado, conforme previsto no ordenamento jurídico interno, independentemente de sua nomenclatura, e a expulsão na definição dos Projetos de Artigos, o qual tomamos como ponto de partida analítico. Diante de todo o exposto, será o objeto da segunda e próxima parte deste trabalho as normas da nova Lei de Migração brasileira que disciplinam o tema da “expulsão” consoante definida nos Artigos da CDI, a fim de se aferir com precisão, na parte subsequente, a abrangência dos Projetos de Artigos na legislação brasileira, podendo, assim, realizar o cotejo entre as fontes normativas nacional e internacional.

3 A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO BRASILEIRA

Na segunda parte deste trabalho será apresentada e discutida a nova Lei de Migração brasileira (Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017), com ênfase para a questão das medidas de retirada compulsória de não-nacionais, disciplinadas no Capítulo V deste diploma. Nesta senda, para que se tenha uma compreensão mais ampla e precisa acerca deste tema, após apresentar as definições possíveis de política imigratória, será traçado, ainda na primeira seção, um panorama da política imigratória brasileira desde a ditadura civil-militar, período em que fora promulgado Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980), legislação revogada pela Lei nº 13.445/2017, até o presente, fazendo-se uma retrospectiva do processo legislativo que culminou na promulgação da nova Lei de Migração e em sua regulamentação. Na segunda seção, será abordado o tema das medidas de retirada compulsória previstas na nova Lei de Migração propriamente ditas, as quais serão analisadas quanto à sua natureza jurídica e, subsequentemente, individualizadas de modo a analisar as características e peculiaridades de cada uma das medidas previstas na nova Lei.

3.1 DO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO À NOVA LEI DE MIGRAÇÃO: PANORAMA DA POLÍTICA IMIGRATÓRIA BRASILEIRA DA DITADURA CIVIL-MILITAR (1964-1985) AO PRESENTE

Consoante Hein de Haas, política migratória pode ser definida como aquele conjunto de *“laws, rules, measures, and practices implemented by national states with the stated objective to influence the volume, origin and internal composition of migration flows”*¹⁷ (DE HAAS, 2011, p. 25). Conforme pondera André Luiz Siciliano, esta definição coloca o Estado como único agente e, ainda que reconheça que a política migratória não determina os fluxos migratórios, apenas os influencia, ela coloca, não obstante, os fluxos migratórios e não os migrantes como o objeto central das políticas migratórias (SICILIANO, 2013, p. 9).

Nesse sentido, insta observar que a política migratória pode ser subdividida em duas, de acordo com o sentido do fluxo migratório: primeiro, a política imigratória, ou de imigração, que diz respeito aos estrangeiros situados no território de determinado país e, em segundo lugar, a política emigratória, ou de emigração, que concerne aos nacionais de um determinado país que emigram para outro país (SICILIANO, 2013, pp. 9-10). Tendo em vista que o objeto deste

¹⁷ “Leis, regras, medidas e práticas adotadas por um Estado Nacional com o objetivo declarado de influenciar o volume, origem e composição interna dos fluxos migratórios” (tradução nossa).

trabalho consiste nas medidas de retirada compulsória de não-nacionais, interessa-nos aprofundar tão-somente o conceito de política imigratória.

O termo “política imigratória” pode ser definido como “*o conjunto de medidas adotadas por um governo para controlar o fluxo de imigrantes naquele país*” (SICILIANO, 2013, pp. 11-12). Essa definição reflete uma visão de política pública de controle do fluxo de imigrantes num determinado país e que, embora incompleta, porquanto se resume ao controle de imigração, é plausível do ponto de vista dos países desenvolvidos, que em um dado momento definiram unilateralmente quem seriam os seus cidadãos nacionais e quem não o seria, passando a controlar o ingresso do estrangeiro em seu território, negando-lhes os direitos que passaram a ser exclusivos aos nacionais (SICILIANO, 2013, p. 12). Assim, sob esta perspectiva, a política imigratória pode ser entendida, consoante Siciliano, como “*uma política pública nacional-protecionista, que visa essencialmente a defender os interesses nacionais de determinado Estado através de negação de direitos àqueles que venham de fora e tentem participar daquela sociedade*” (SICILIANO, 2013, p. 13).

Com base nos estudos realizados em países em desenvolvimento, Siciliano constata que mesmo nesses países, as políticas imigratórias não se voltam, de um modo geral, à regulação da convivência entre os nacionais e os imigrantes, mas das formas de controle do fluxo de migrantes através de suas fronteiras, tais quais os países desenvolvidos, reproduzindo a mesma perspectiva de análise centrada no Estado (SICILIANO, 2013, p. 20). Diante deste quadro, defende o autor que:

Uma Política Imigratória desenvolvida sob uma perspectiva humanista deveria aceitar que as migrações fazem parte da natureza humana, historicamente, reconhecendo às pessoas o direito de migrar (imigrar, emigrar e retornar). Além disso, precisaria compreender que os fatores que motivam as migrações são essencialmente socioeconômicos, e não normativos. Assim, fundamentalmente, tal política deveria ter como ocupação central assegurar as garantias e direitos individuais sem distinção entre nacionais ou estrangeiros, senão para fazer a discriminação positiva a fim de minimizar os atritos e maximizar os ganhos decorrentes das diferenças culturais, sociais e econômicas dos imigrantes. (SICILIANO, 2013, p. 20)

Nesta ordem de ideias, ainda que do ponto de vista do Estado, a política imigratória possa ser entendida como um conjunto de medidas tomadas por um Estado a fim de controlar os fluxos migratórios no âmbito de suas fronteiras nacionais, este mesmo Estado não deve se limitar “*ao aspecto negativo de autoridade coatora sobre as pessoas num dado espaço*”, visto que “*detém outro viés de extrema importância, que é o da proteção e do amparo ao indivíduo*” (MORAES, 2014, p. 144). Por conseguinte, desde esta perspectiva humanista o objeto central da política imigratória passa a ser o cidadão estrangeiro (SICILIANO, 2013, p. 9).

Tomando como ponto de partida a definição de política acima formulada, voltando-se enfim para o contexto brasileiro, cumpre analisar a fonte normativa vértice dessa política, que atualmente é a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Há que se fazer uma breve retrospectiva histórica, a fim de se ter uma melhor compreensão acerca da novel legislação migratória.

Até a data de entrada em vigor da nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), no dia 21 de novembro de 2017, a lei que disciplinava a situação jurídica das pessoas em situação de mobilidade humana e dispunha sobre a sua entrada, permanência e saída do país era o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980), regulamentada pelo Decreto nº 86.715/1980. Com efeito, o Estatuto do Estrangeiro era a fonte normativa norteadora da política imigratória brasileira, na medida em que lançara as suas diretrizes (SICILIANO, 2013, p. 32), papel esse que hoje é desempenhado pela nova Lei de Migração.

Nesse contexto, é fundamental observar que esta mudança legislativa representou a quebra total do paradigma legal da política imigratória brasileira. No Estatuto do Estrangeiro, que fora concebido durante o período da ditadura civil-militar de 1964 a 1985, prevaleceu a doutrina de segurança nacional (SICILIANO, 2013, p. 34). Pautada pela defesa dos interesses nacionais, após o processo de redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988, este diploma legal passou a representar uma herança da ditadura, inconsistente com a nova ordem constitucional, porquanto guardava características típicas de um governo militar de discurso nacionalista (SICILIANO, 2013, p. 34; VENTURA e ILLES, 2012). A este respeito, não deixam dúvidas as redações dos três primeiros dispositivos desta lei, senão vejamos:

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 precipuamente 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 (grifos nossos). (BRASIL, 1980).

Conforme avalia Siciliano (2013, p. 34), não havia qualquer referência nos dispositivos legais supracitados à proteção aos direitos humanos dos estrangeiros, então destinatários das normas do diploma revogado, tampouco ao papel que o país pretendia desempenhar no cenário internacional, no que se refere às migrações.

Dito isso, percebe-se que o Estatuto do Estrangeiro definia o migrante por exclusão, regulando a entrada de não-nacionais a partir de condições arbitrárias fundadas na potencial nocividade à ordem pública e aos interesses nacionais do Brasil ou, simplesmente, conforme a

presença do migrante no território brasileiro fosse inconveniente, a critério do Ministério da Justiça, forte no revogado Artigo 26 do Estatuto, que considerava a concessão de visto a um estrangeiro mera expectativa de direito (KENICKE e LORENZETTO, 2017, pp. 198-199). Dessa feita, percebe-se que na política imigratória implementada a partir do Estatuto do Estrangeiro, o migrante era tratado, de fato, como um “estrangeiro”, um estranho, um forasteiro, objetivando sobremaneira a garantia da segurança nacional (SICILIANO, 2013, p. 34).

Ademais, no que concerne à retirada compulsória do não-nacional do território nacional, objeto central desta pesquisa, previa, por exemplo, o Estatuto do Estrangeiro, em seu Artigo 65, que era 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*”, ou ainda que se entregasse “*à vadiagem ou mendicância*”, ou desrespeitasse “*proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro*” (BRASIL, 1980).

A respeito da recepção do Estatuto do Estrangeiro pela Constituição Federal de 1988, restou evidenciada a inconsistência entre o Estatuto e nova ordem constitucional, porquanto a Carta Cidadã propugnava pela garantia, efetividade e promoção dos direitos fundamentais, sem fazer qualquer distinção, em seu Artigo 5º, *caput*, entre brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil quanto à proteção desses direitos (BRASIL, 1988; KENICKE e LORENZETTO, 2017, p.199). Como observa Marcelo de Lima (2012, p. 270), o Estatuto do Estrangeiro se mostrou incompatível com o rol de direitos civis, econômicos e sociais na Constituição de 1988, tendo em vista que suas disposições se colidiram com aquelas do texto constitucional, submetendo, portanto, o imigrante a um regime de direitos mais restritivo. Não obstante, o Estatuto do Estrangeiro convivera com a Constituição de 1988 por quase três décadas, até a revogação do primeiro pela nova Lei de Migração (KENICKE e LORENZETTO, 2017, p. 199).

Além disso, é interessante observar que essa política imigratória brasileira era caracterizada pela não organicidade, tendo em vista que encontrava os seus fundamentos normativos em instrumentos legais esparsos e eventualmente contraditórios em relação ao então vigente Estatuto do Estrangeiro e, como vimos, à Constituição Federal¹⁸ (SICILIANO, 2013, p. 32). Como exemplos desta ausência de organicidade, pode-se destacar a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-Lei nº 5.457/1943), que ao dispor sobre a nacionalização da

¹⁸ Enfrentando criticamente este ponto, Kenicke e Lorenzetto, ao considerar que as políticas públicas de um modo geral visam à “racionalização técnica da ação do poder público para a realização de objetivos determinados”, entendem que na ausência de “uma política migratória brasileira centralizada e racional” não se poderia designá-la como tal (KENICKE e LORENZETTO, 2017, p. 198).

força do trabalho em seu Artigo 354, reserva quotas de 2/3 do total de empregados nas empresas atuantes no Brasil a brasileiros, dispositivo esse que impacta no potencial fluxo imigratório ao país e viola a norma constitucional que veda a discriminação em razão da nacionalidade (BRASIL, 1943; SICILIANO, 2013, p. 32). Outros exemplos de normas que, no entanto, interferem na política emigratória, incluem o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.448/1940), no que dispõe sobre o tráfico internacional de pessoas e sobre o aliciamento para fins de emigração e o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069/1990), ao criminalizar o envio de menores para o exterior de forma irregular (SICILIANO, 2013, pp. 32-33).

Nesta ordem de ideias, deve-se pontuar que, não obstante a permanência do Estatuto do Estrangeiro no ordenamento jurídico brasileiro, já no início da década de 1990 o paradigma de segurança nacional começou a dar lugar ao de proteção dos Direitos Humanos ao menos quanto à proteção dos direitos dos refugiados¹⁹ (JUBILUT, 2007, p. 175). Naquela mesma década fora elaborado um projeto de lei sobre o Estatuto Jurídico do Refugiado, o qual resultara na promulgação da Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, que definiu mecanismos para implementação da Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951, *“passando a ser a legislação nacional sobre o tema e servindo como marco da plenitude da proteção aos refugiados no Brasil”* (JUBILUT, 2007, p. 175). Com efeito, a partir desta lei o Brasil se consolidou como um país receptor de refugiados, passando a integrar formalmente aquele grupo de Estados que não apenas levavam em consideração, mas davam efetividade ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao menos no que concerne ao Direito Internacional dos Refugiados (JUBILUT, 2007, p. 176).

Entretanto, ainda que tenha sido um notável avanço do ponto de vista dos Direitos Humanos, o escopo de proteção da Lei nº 9.474/1997 abrange tão-somente os refugiados consoante a definição da Convenção de 1951, incorporada e ampliada na referida lei, de modo que a todos os demais imigrantes que não se enquadrassem nessa definição, incidiria o regramento do Estatuto do Estrangeiro.

Não obstante, é necessário observar que ao longo das duas últimas décadas ocorreram, no Brasil, avanços significativos na direção de uma abordagem menos securitária e nacional-protetionista das questões migratórias, evidenciando o interesse do Estado brasileiro nesta

¹⁹ No âmbito do Direito brasileiro, terá reconhecido o status de refugiado, nos termos do Artigo 1º, da Lei nº 9.474/1997, o indivíduo que: *“(I) devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; (II) não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; ou (III) devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país”* (BRASIL, 1997).

complexa temática (KENICKE e LORENZETTO, 2017, p. 199). Um importante exemplo desta tendência foi a promulgação, por meio do Decreto nº. 8.101, de 6 de setembro de 2013, da Resolução nº. 1.105, de 30 de novembro de 2004, que aprova a constituição da Organização Internacional para as Migrações – OIM, e o ingresso do Brasil nesta Organização (KENICKE e LORENZETTO, 2017, p. 199).

Este desenvolvimento pode ser compreendido no contexto da maior inserção do Estado brasileiro na comunidade internacional, que teve como consequência a necessidade de cumprir também às obrigações pactuadas nos tratados multilaterais, adequando-se a este marco normativo por meio de modificações legislativas internas, destarte apontando para a necessidade de uma modernização do Direito doméstico em relação ao tratamento dos estrangeiros (BICHARA, 2016, p. 26). Com efeito, em decorrência da evolução do Direito Internacional moderno, com ênfase para o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, fora produzido um número considerável de normas internacionais de proteção dos direitos das pessoas em situação mobilidade humana internacional (BICHARA, 2016, pp. 9 e 26).

Diante do exposto, é possível identificar as razões pelas quais se tornou imperiosa a edição de uma nova lei nacional pelo Estado brasileiro com o intuito de reorientar as diretrizes da política pública das migrações, balizando, consentaneamente à Constituição Federal, a política migratória brasileira (KENICKE e LORENZETTO, 2017, p. 199). É neste contexto que foi discutida a nova Lei de Migração, instrumento pautado pelos Direitos Humanos, que revogou integralmente o Estatuto do Estrangeiro, com a sua entrada em vigor em novembro de 2017, fulcro no seu Artigo 124, inciso II.

Nesta senda, impende notar que a nova Lei de Migração encontra sua gênese no Projeto de Lei do Senado nº 288, de 2013, de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira, introduzido no Senado Federal em 11 de julho de 2013 (SENADO FEDERAL, 2013; RAMOS, 2017). Após haver tramitado nas Comissões do Senado, o texto final do Projeto de Lei fora remetido à Câmara dos Deputados, em 4 de agosto de 2015, a fim de ser submetido à revisão, nos termos do art. 65 da Constituição Federal (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015). Renumerado Projeto de Lei nº 2.516/2015 na Câmara dos Deputados, fora constituída Comissão Especial nesta Casa, a fim de elaborar parecer sobre o PL, havendo sido realizadas diversas audiências públicas com a finalidade de debater o projeto (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015).

Nesse sentido, convém salientar que foram de grande valia para o debate sobre a nova Lei de Migração os frutos do trabalho desempenhado pela Comissão de especialistas, instituída por meio da Portaria nº 2.162/2013, do Ministério da Justiça, que fora encarregada de elaborar

uma proposta de Anteprojeto de Lei de Migrações (BICHARA, 2016, p. 9). A Comissão de especialistas fora composta por “*professores universitários e membros do Ministério Público, juristas e cientistas políticos, especialistas em direitos humanos, direito constitucional e direito internacional*”, os quais elaboraram o Anteprojeto com base em “*estudos sobre a legislação migratória brasileira, de outros países e de tratados internacionais; além da escuta de outros especialistas, de órgãos do governo e, sobretudo, da sociedade civil*”²⁰ (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018).

Em 13 de dezembro de 2016, o Substitutivo da Câmara do Projeto de Lei nº 2.516/2015, do Senado Federal, fora remetido à Casa de origem, nos termos do Art. 65, *caput*, da Constituição Federal, que o aprovara, com as alterações propostas no parecer do relator do Substitutivo no Senado, por ampla maioria (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015; SENADO FEDERAL, 2016). Conforme ressalta André de Carvalho Ramos, o trâmite do Projeto de Lei contou “*com ampla participação da academia, sociedade civil e partidos da situação e oposição, retratando um consenso pluripartidário em torno do projeto*” (RAMOS, 2017).

Aprovado pelo Senado, o Projeto de Lei fora remetido à sanção presidencial em 23 de maio de 2017 (SENADO FEDERAL, 2016). Da apreciação da Presidência da República resultaram 30 vetos ao texto do projeto aprovado pelo Parlamento, notadamente o dispositivo que concedia anistia a todos os imigrantes que estivessem em situação irregular no Brasil até 6 de julho de 2016 (Artigo 118, vetado)²¹, bem como o dispositivo que assegurava a livre

²⁰ Durante os trabalhos da Comissão, que tiveram início em 25 de julho de 2013, foram ouvidos representantes de órgãos do governo com envolvimento na temática, como o Conselho Nacional de Imigração, o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, o Ministério das Relações Exteriores, o Ministério do Trabalho e Emprego, a Defensoria Pública da União, bem como a Secretaria de Assuntos Estratégicos e a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018). Foram ouvidos, ademais, representantes de instituições internacionais, parlamentares, especialistas e acadêmicos convidados (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018). Durante este processo, foram promovidas duas audiências públicas que contaram com ampla participação de entidades do terceiro setor, assim como participou a Comissão, por meio de seus membros, de diversas reuniões e atividades relacionadas aos direitos dos migrantes e à legislação migratória em todo o Brasil (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018). Entre março e abril de 2014, fora apresentada pela Comissão de especialistas a versão preliminar do Anteprojeto e, havendo-a submetido à discussão em audiência pública, recebeu a Comissão mais de duas dezenas de contribuições elaboradas por entidades públicas e integrantes do terceiro setor, bem como contribuições escritas individuais de migrantes e especialistas (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018). Finalmente, a Comissão tomou em conta as recomendações propostas na Primeira Conferência Nacional sobre Migrações e Refúgio – COMIGRAR, ocorrida entre os dias 30 de maio e 1º de junho de 2014, em São Paulo, na qual se debateu amplamente a política migratória brasileira ainda sob o Estatuto do Estrangeiro (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018; MORAES, 2014, p. 161). Concluídos os trabalhos da Comissão, em 31 de julho de 2014, fora apresentado o Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil (BICHARA, 2016, p. 9).

²¹ Por recomendação do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República e da Casa Civil da Presidência da República, as razões apontadas para o veto foram de que: “*O artigo concede anistia indiscriminada a todos os imigrantes, independentemente de sua situação migratória ou de sua condição pessoal, esvaziando a discricionariedade do Estado para o acolhimento dos estrangeiros. Além disso, não há como se precisar a data efetiva de entrada de imigrantes no território nacional, permitindo que um imigrante que entre durante a vacatio legis possa requerer regularização com base no dispositivo*” (BRASIL, 2017c).

circulação de indígenas e populações tradicionais entre fronteiras, em terras tradicionalmente ocupadas (Artigo 1º, § 2º, vetado) (BRASIL, 2016; BRASIL, 2017a; RAMOS, 2017)²². Foram também vetados por Michel Temer o dispositivo que revogava as expulsões decretadas antes de 5 de outubro de 1988 (Artigo 116, vetado)²³, bem como o dispositivo que determinava que não se daria a expulsão de imigrantes que houvessem cometido crimes no Brasil e que fossem residentes no país por mais de quatro anos (Artigo 55, inciso II, alínea “e”, vetado)²⁴ (BRASIL, 2016; BRASIL, 2017a).

Em sua versão final, a Lei nº 13.445 fora sancionada em 24 de maio de 2017, havendo entrado em vigor no dia 21 de novembro de 2017, transcorridos 180 de sua promulgação, forte no seu Artigo 125 (BRASIL, 2017a). Não obstante o número significativo de vetos haver limitado ao escopo da nova Lei de Migração (RAMOS et al., 2017), o eixo central do novo marco jurídico regulatório das migrações permaneceu sendo “*a proteção de direitos humanos na temática das migrações, intuída já na escolha da epígrafe: trata-se de uma lei de migração, aplicando-se ao migrante que vive no Brasil e, inclusive, ao brasileiro que vive no exterior*” (RAMOS, 2017). Quando a esta assertiva, não deixam dúvidas os Artigos 1º, 3º e 4º da nova Lei de Migração, os quais explicitam o escopo de aplicação do diploma e enunciam os seus princípios norteadores, senão vejamos, *in verbis*:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante.

.....
 Art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:
 I - universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos;

.....
 Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados:

²² As razões oficiais do veto, na esteira da opinião do Ministério da Justiça e Segurança Pública, da Advocacia-Geral da União e do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, foram de que: “*O dispositivo afronta os artigos 1º, I; 20, § 2º; e 231 da Constituição da República, que impõem a defesa do território nacional como elemento de soberania, pela via da atuação das instituições brasileiras nos pontos de fronteira, no controle da entrada e saída de índios e não índios e a competência da União de demarcar as terras tradicionalmente ocupadas, proteger e fazer respeitar os bens dos índios brasileiros*” (BRASIL, 2017c).

²³ O dispositivo fora vetado, por recomendação dos mesmos órgãos e entidades da nota anterior, sob o fundamento de que “*Os atos materiais de expulsão e, conseqüentemente, de sua revogação, consubstanciam efetivo exercício de soberania nacional, competência material privativa do Presidente da República, a teor dos incisos VII e VIII do artigo 84 da Constituição. Ademais, no mérito, o dispositivo poderia representar um passivo indenizatório à União, com efeitos negativos nas contas públicas e insegurança jurídica às decisões de instituições brasileiras a expulsões*” (BRASIL, 2017c).

²⁴ Seguindo a opinião do da Advocacia-Geral da União e da Casa Civil da Presidência da República, as razões apontadas para o veto foram de que o dispositivo esvaziaria a discricionariedade do Estado brasileiro para gestão de sua política migratória, bem como inviabilizaria a “*expulsão e retirada do território nacional de pessoas condenadas por crimes graves, tão somente pelo fato de terem vivido mais de 4 anos no país ao tempo do cometimento do delito*” (BRASIL, 2017c).

I - direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos; (grifos nossos) (BRASIL, 2017a).

Da leitura dos dispositivos supracitados, cumpre asseverar que reconhecimento da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos como princípio norteador da política migratória brasileira é “*decorrência da proteção da dignidade humana, vetor axiológico da Constituição (artigo 1º, III) e dos tratados de direitos humanos celebrados pelo Brasil*” (RAMOS, 2017). Convém notar também que a nova Lei de Migração se subscreve ao entendimento de que os migrantes deverão ser tratados da mesma forma como são tratados os nacionais brasileiros, vedada “*qualquer discriminação que não seja expressamente explícita na Constituição e na legislação infraconstitucional*” (KENICKE e LORENZETTO, 2017, pp. 199-200). Outrossim, é oportuno observar que a aprovação da nova Lei de Migração representou um gesto importante no sentido de melhorar a imagem do Brasil perante a comunidade internacional, tendo em vista que a adoção de uma legislação migratória moderna e atraente, que confira efetividade no plano doméstico às obrigações assumidas por meio dos tratados de direitos humanos, é algo essencial para “*um país que se pretende inserido na economia global e confiável em suas relações internacionais*” (RAMOS, 2017).

Isto posto, retomando a discussão teórica travada no início desta seção, percebe-se que a nova Lei de Migração, ao reconhecer o migrante e o visitante como sujeitos de direitos, não apenas controlando sua entrada, permanência e saída do território nacional, mas também lhes conferindo amparo e assistência, evidencia uma tendência na direção de uma abordagem mais humanista, nos termos propostos e sustentados por Siciliano.

Em 20 de novembro de 2017, fora promulgado o Decreto nº 9.199, que regulamentou a Lei nº 13.445/2017. O decreto regulamentar da nova Lei de Migração fora recebido com críticas, tendo provocado a “*perplexidade e grande apreensão*” de figuras que integraram a Comissão de especialistas do Ministério da Justiça que elaborara o Anteprojeto da lei (RAMOS et al., 2017), que classificaram alguns dispositivos do regulamento como *praeter legem*, isto é, produzindo “*normas que não encontram respaldo na lei regulamentada*” e *contra legem*, ou seja, resultando do exercício do poder regulamentar pelo Poder Executivo em contrariedade à lei (RAMOS et al., 2017). Salientam que o texto do Regulamento fora submetido “*a uma brevíssima consulta pública que durou não mais do que alguns dias*”, e apesar de haver recebido “*numerosas críticas formuladas por especialistas, entidades sociais e instituições que se ocupam do tema em nosso país*”, foram ignoradas pelo Poder Executivo na edição do Decreto regulamentar (RAMOS et al., 2017). Sustentam, em síntese, que o texto do Decreto é “*visivelmente alheio ao debate que acompanhou o longo processo de elaboração do novo*

diploma, transcorrido sobretudo ao longo dos últimos dez anos”, sendo plausível afirmar que o Regulamento acabou por desvirtuar o espírito da nova Lei, fazendo-se necessária a propositura de um novo Regulamento (RAMOS et al., 2017).

Diante do exposto, pode-se concluir que, ainda que inegáveis os avanços, sob o prisma dos Direitos Humanos, logrados por meio da nova Lei de Migração, os vetos presidenciais somado aos problemas relacionados ao seu Decreto regulamentar, que apesar das críticas, ainda permanece em vigor, representam significativos reveses na direção da consecução dos objetivos da nova Lei e, portanto, da política migratória que objetivou construir sobre suas fundações.

Traçado este breve panorama acerca da política migratória brasileira desde a promulgação do Estatuto do Estrangeiro até a regulamentação da nova Lei de Migração, percorrendo as evoluções nos planos interno e internacional que motivaram a quebra de paradigma do marco jurídico regulatório das migrações brasileiro, retomamos o enfoque central desta investigação, direcionando a atenção para as medidas de retirada compulsória previstas na Lei nº 13.445/2017.

3.2 AS MEDIDAS DE RETIRADA COMPULSÓRIA DE NÃO-NACIONAIS NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO

As medidas de retirada compulsória de pessoas não-nacionais brasileiras estão previstas no Capítulo V, da Lei nº 13.445/2017, que abrange os Artigos 46 a 62. Os Artigos 46 a 48 versam sobre as disposições gerais. O Artigo 49 trata sobre a medida compulsória de repatriação, ao passo que a medida de deportação está disciplinada pelos Artigos 50 a 53 e a de expulsão no Artigos 54 a 60. Por fim, as vedações às medidas compulsórias estão previstas nos Artigos 61 e 62 deste diploma.

Tais medidas estão regulamentadas no Capítulo XI do Decreto nº 9.199/2017, que abarca os Artigos 178 a 212 do Regulamento e está dividida em cinco seções. A Seção I, que compreende os Artigos 178 a 184 trata das disposições gerais. A Seção II, por seu turno, composta pelos Artigos 185 e 186, regulamenta a medida de repatriação. As Seções III (Artigos 187 a 191) e IV (Artigos 192 a 206) regulamentam as medidas compulsórias de deportação e de expulsão, respectivamente. Finalmente, a Seção V, que abrange os Artigos 207 a 212, trata da efetivação e do custeio das medidas de retirada compulsória.

No que se refere à natureza jurídica das medidas de retirada compulsória, verifica-se que se tratam de medidas administrativas ou decorrentes de um procedimento administrativo, porquanto emanadas de órgãos integrantes da Administração Pública.

Nesse sentido, o célebre administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua ato administrativo em acepção estrita como a

“declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional” (MELLO, 2015, p. 394).

Neste diapasão, o procedimento ou processo administrativo pode ser entendido como *“uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo”* (MELLO, 2015, p. 499).

No que concerne às medidas de retirada compulsória, nota-se que existe margem para apreciação subjetiva por parte da Administração Pública, isto é, margem para exercício da discricionariedade ao tratar do caso concreto²⁵. Atos discricionários são, portanto, aqueles que a Administração Pública *“pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora”* (MELLO, 2015, 438, grifos do autor). Convém salientar que essa liberdade deverá ser exercida dentro dos limites da lei, da norma legal, de modo que essa margem de apreciação na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello pode ser entendida como:

“A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal” (MELLO, 2015, p. 440).

Dessa feita, não se pode confundir “discricionariedade” com “arbitrariedade”, visto que quando a Administração age arbitrariamente está ferindo a ordem jurídica, porquanto está agindo fora do que lhe permite a lei, de modo que o ato por ela praticado passa a ser ilícito e, por conseguinte, corrigível judicialmente (MELLO, 2015, pp. 440-441). Nesse sentido, estabeleceu-se, como o marco legal da nova Lei de Migração, a regra geral *“de vedação da discriminação e proibição do arbítrio [...] saída compulsória do migrante, com várias menções ao direito de ser informado e de obter assistência jurídica integral”*, normas essas que se colocam como importantes *“instrumentos para orientar a ação de agentes públicos envolvidos*

²⁵ Por exemplo, ao considerar, nos termos do Art. 55, II, “d”, da nova Lei, a gravidade e o fundamento da expulsão, para decidir se irá ou não proceder à expulsão quando o expulsando for pessoa com mais de setenta anos e que resida no país há mais de dez anos (BRASIL, 2017a).

nas questões migratórias”, os quais deverão “*pautar a interpretação do Poder Judiciário, quando provocado para coibir abusos e discriminações*” (RAMOS, 2017).

Diante do exposto, voltando-nos à análise do texto legal, tem-se que o Artigo 46, da nova Lei de Migração, prevê o dever de observância do disposto na Lei no 9.474/1997 (Estatuto do Refugiado), e nas disposições legais, tratados, instrumentos e mecanismos que tratem da proteção aos apátridas ou de outras situações humanitárias, na aplicação das normas do Capítulo V, o qual introduz (BRASIL, 2017a). O Artigo 47, por seu turno, determina que os migrantes ou visitantes sujeitos a medidas de retirada compulsória deverão ser enviados para o seu país de nacionalidade ou de procedência, ou ainda para outro país que o aceite, em observância aos tratados dos quais o Brasil seja parte (BRASIL, 2017a). Já o Artigo 48 estabelece que nos casos de deportação e expulsão, poderá o chefe da unidade da Polícia Federal representar perante juízo federal, observados, nos procedimentos judiciais, os direitos à ampla defesa e ao devido processo legal (BRASIL, 2017a). Por fim, antes de se proceder à análise as medidas de retirada compulsória em espécie, cumpre consignar que as vedações às medidas de retirada compulsória previstas nos Artigos 61 e 62 determinam, respectivamente, a proibição da repatriação, deportação ou expulsão coletivas, ou seja, sem individualizar a situação migratória de cada pessoa, ou quando “*subsistirem razões para acreditar que a medida poderá colocar em risco a vida ou a integridade pessoal*” (BRASIL, 2017a).

Isto posto, nas próximas três subseções passaremos a analisar as modalidades em espécie das medidas de retirada compulsória previstas na nova Lei de Migração, quais sejam, a repatriação, a deportação e a expulsão.

3.2.1 Repatriação

O Artigo 49, *caput*, da nova Lei de Migração define a repatriação como “*medida administrativa de devolução de pessoa em situação de impedimento ao país de procedência ou de nacionalidade*” (BRASIL, 2017a). Acerca do impedimento de ingresso no Brasil, o Artigo 171, *caput*, do Decreto nº 9.199/2017, determina que após a realização de entrevista individual e mediante ato fundamentado da autoridade competente, o ingresso no país poderá ser impedido àquelas pessoas que se enquadrarem em alguma das hipóteses elencadas nos quatorze incisos do mesmo dispositivo (BRASIL, 2017b).

Integram o rol de pessoas impedidas, *inter alia*, aquelas que tenham sido anteriormente expulsas do país, enquanto os efeitos da expulsão ainda vigorarem (inciso I), ou que tenham sido condenadas ou estejam respondendo a processo por definidos pelo Estatuto de Roma do

Tribunal Penal Internacional, de 1998 (inciso II), bem como aquelas que tenham sido condenadas ou estejam respondendo a processo em outro país por crime doloso passível de extradição segundo a lei brasileira (inciso III), ou ainda quem apresentar documento de viagem inválido, vencido, rasurado ou com indício de falsificação (inciso V, alíneas “a”, “b” e “c”) (BRASIL, 2017b).

O Regulamento (Decreto nº 9.199/2017) prevê algumas ressalvas, todavia, quanto à situação de impedimento, ao determinar que o ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para a solicitação de reconhecimento da condição de apátrida (Artigo 97), para a solicitação de asilo político (Artigo 109, inciso II, § 3º), ou para a solicitação de reconhecimento da condição de refugiado (Artigo 120), todas hipóteses em que se aplicam os mecanismos de proteção respectivos, de modo que não incorrerão nas infrações do Art. 307 do Regulamento, desde que, ao final do procedimento, a condição de apátrida, asilado ou refugiado seja reconhecida pelas autoridades brasileiras (BRASIL, 2017b).

No que concerne ao momento em que a repatriação ocorre, o Decreto regulamentar nº 9.199/2017 esclarece, em seu Artigo 185, que a situação de impedimento do ingresso ao país será “*identificada no momento da entrada no território nacional*” (BRASIL, 2017b). Trata-se, portanto, de situação em que, a rigor, o migrante sequer ingressa no território do país, porquanto não chega a ultrapassar a barreira policial da fronteira, portuária ou aeroportuária (REZEK, 2014, p. 235) e deverá ser imediatamente repatriado pela Polícia Federal, na qualidade autoridade policial de fiscalização situada nos pontos de entrada e saída do território nacional, fulcro no Artigo 38 da nova Lei de Migração (BRASIL, 2017b).

Entretanto, caso a repatriação imediata não seja possível, a entrada do imigrante poderá ser permitida, desde que o transportador ou agente da pessoa impedida assine “*termo de compromisso que assegure o custeio das despesas com a permanência e com as providências para a repatriação do imigrante, do qual constarão o seu prazo de estada, as condições e o local em que o imigrante*”, nos termos dos parágrafos 1º e 2º do Artigo 185 do Regulamento (BRASIL, 2017b)²⁶. Nesse caso, forte no Artigo 172, *caput*, atendido o requisito descrito acima, poderá a Polícia Federal autorizar a entrada condicional da pessoa em situação de impedimento ou “clandestino” no território nacional, hipótese em que fixará, na dicção do parágrafo único

²⁶ Nesse sentido, o Artigo 41 da Lei de Migração: “Art. 41. A entrada condicional, em território nacional, de pessoa que não preencha os requisitos de admissão poderá ser autorizada mediante a assinatura, pelo transportador ou por seu agente, de termo de compromisso de custear as despesas com a permanência e com as providências para a repatriação do viajante” (BRASIL, 2017a).

desse dispositivo, “o prazo de estada, as condições a serem observadas e o local em que o imigrante impedido ou clandestino²⁷ permanecerá” (BRASIL, 2017b).

Por fim, o parágrafo 4º do Artigo 49 da nova Lei de Migração determina que:

Não será aplicada medida de repatriação à pessoa em situação de refúgio ou de apatridia, de fato ou de direito, ao menor de 18 (dezoito) anos desacompanhado ou separado de sua família, exceto nos casos em que se demonstrar favorável para a garantia de seus direitos ou para a reintegração a sua família de origem, ou a quem necessite de acolhimento humanitário, nem, em qualquer caso, medida de devolução para país ou região que possa apresentar risco à vida, à integridade pessoal ou à liberdade da pessoa (BRASIL, 2017a).

Dito isso, cumpre salientar que tanto nas hipóteses do parágrafo 4º quanto nos casos de impossibilidade da repatriação imediata, será notificada a Defensoria Pública da União – DPU (BRASIL, 2017a). Para André de Carvalho Ramos, a previsão legal de atuação da DPU neste e nos demais procedimentos de retirada compulsória, como veremos mais adiante, são importantes no sentido de buscar inibir atos arbitrários ou discriminatórios por parte da autoridade policial (RAMOS, 2017).

3.2.2 Deportação

A deportação é definida, nos termos do Artigo 50, *caput*, da nova Lei de Migração, como “medida decorrente de procedimento administrativo que consiste na retirada compulsória de pessoa que se encontre em situação migratória irregular em território nacional”²⁸ (BRASIL, 2017a). Os requisitos e implicações da medida de deportação, por seu turno, estão descritos nos seis parágrafos deste dispositivo. Nesse sentido, determina o seu parágrafo 1º, que:

A deportação será precedida de notificação pessoal ao deportando, da qual constem, expressamente, as irregularidades verificadas e prazo para a regularização não inferior a 60 (sessenta) dias, podendo ser prorrogado, por igual período, por despacho fundamentado e mediante compromisso de a pessoa manter atualizadas suas informações domiciliares (BRASIL, 2017a).

²⁷ Impende salientar que o emprego do termo pejorativo “clandestino” neste dispositivo para se referir a uma pessoa humana revela as graves limitações técnicas deste Regulamento (RAMOS et al., 2017) e não coaduna com o espírito da nova Lei de Migração, tendo em vista que se trata de termo outrora empregado no Estatuto do Estrangeiro.

²⁸ Acerca da situação migratória irregular, o Artigo 109, incisos I e II, da Lei de Migração, considera como infrações que podem ensejar a aplicação da medida de deportação a entrada não autorizada no território nacional e a permanência “em território nacional depois de esgotado o prazo legal da documentação migratória” (BRASIL, 2017a).

Isto posto, é oportuno assinalar que a notificação pessoal não impede o deportando de circular livremente pelo território nacional, devendo este, contudo, informar à autoridade competente o seu domicílio e suas atividades, fulcro no parágrafo 2º do Artigo 50 da Lei de Migração (BRASIL, 2017a). Outrossim, o parágrafo 3º do mesmo dispositivo determina que a deportação poderá ser executada, somente após vencido o prazo do parágrafo primeiro²⁹, sem que tenha havido a regularização migratória do imigrante (BRASIL, 2017a). Por fim, o parágrafo 5º estabelece que a saída voluntária da pessoa que houver recebido notificação para deixar o país equivalerá “*ao cumprimento da notificação de deportação para todos os fins*” (BRASIL, 2017a).

O Artigo 51, *caput*, e seus parágrafos, da Lei de Migração, versam sobre os direitos e garantias processuais dos deportandos, prevendo que nos procedimentos conducentes à deportação, deverão ser respeitados o contraditório e a ampla defesa, assegurada a garantia de recurso com efeito suspensivo, bem como prevendo a atuação da Defensoria Pública da União (BRASIL, 2017a). Neste contexto, o Decreto regulamentar nº 9.199/2017 estabelece, em seu Artigo 188, *caput*, que a autoridade competente para instaurar o procedimento que poderá levar à deportação é a Polícia Federal, e pormenoriza os aspectos deste procedimento nos quatro parágrafos do mesmo dispositivo (BRASIL, 2017b). No que concerne ao recurso com efeito suspensivo que poderá se interposto pelo deportando, regulamenta o Art. 189 do Decreto que o prazo para sua interposição será um “*prazo de dez dias, contado da data da notificação do deportando*” (BRASIL, 2017b).

Finalmente, o Artigo 52, da nova Lei, estabelece que em se tratando o deportando de pessoa apátrida, “*o procedimento de deportação dependerá de prévia autorização da autoridade competente*”, que será, consoante o Artigo 181, parágrafo único, do Regulamento, o Ministério da Justiça e Segurança Pública (BRASIL, 2017a; BRASIL, 2017b). O Artigo 53 da Lei, por seu turno, determina que não deverá se proceder à “*deportação se a medida configurar extradição não admitida pela legislação brasileira*”, mandamento que é tão-somente reiterado, *ipsis litteris*, pelo Regulamento (BRASIL, 2017a).

3.2.3 Expulsão

²⁹ Consoante o § 6º, do Art. 50, o “*prazo previsto no § 1º poderá ser reduzido nos casos que se enquadrem no inciso IX do art. 45*”, o qual determina que será impedida de ingressar no território nacional a pessoa “*que tenha praticado ato contrário aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal*” (BRASIL, 2017a). No Regulamento, Art. 191, § ú., está dito que “*Ato do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública definirá as hipóteses de redução do prazo de que trata o § 6º do art. 50 da Lei no 13.445, de 2017*” (BRASIL, 2017b).

O Artigo 54, *caput*, da nova Lei de Migração, define a expulsão como “*medida administrativa de retirada compulsória de migrante ou visitante do território nacional, conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado*” (BRASIL, 2017a). O parágrafo 1º do mesmo dispositivo define como causa que pode ensejar a expulsão a condenação com sentença transitada em julgado relativa à prática dos crimes 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*” (inciso I), ou de “*crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, consideradas a gravidade e as possibilidades de ressocialização em território nacional*” (inciso II) (BRASIL, 2017a).

Nesta senda, o parágrafo 2º do Artigo 54 estabelece que caberá “*à autoridade competente resolver sobre a expulsão, a duração do impedimento de reingresso e a suspensão ou a revogação dos efeitos da expulsão*”, em observância ao disposto na Lei (BRASIL, 2017a). Ademais, os parágrafos 3º e 4º determinam que

§ 3º O processamento da expulsão em caso de crime comum não prejudicará a progressão de regime, o cumprimento da pena, a suspensão condicional do processo, a comutação da pena ou a concessão de pena alternativa, de indulto coletivo ou individual, de anistia ou de quaisquer benefícios concedidos em igualdade de condições ao nacional brasileiro.

§ 4º O prazo de vigência da medida de impedimento vinculada aos efeitos da expulsão será proporcional ao prazo total da pena aplicada e nunca será superior ao dobro de seu tempo (BRASIL, 2017a).

No que concerne ao procedimento de expulsão, na dicção do Artigo 195, *caput*, será este iniciado por meio de Inquérito Policial de Expulsão, a ser instaurado, nos termos do seu parágrafo 1º, “*pela Polícia Federal de ofício ou por determinação do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, de requisição ou de requerimento fundamentado em sentença*”, tendo por objetivo a produção de um “*relatório final sobre a pertinência ou não da medida de expulsão, com o levantamento de subsídios para a decisão, realizada pelo Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública*” que verifique eventual existência de condição de inexpulsabilidade, de medidas de ressocialização, se houver execução da pena, bem como a gravidade do ilícito penal cometido (BRASIL, 2017b).

As hipóteses em que a expulsão não deverá ser realizada estão elencadas nos incisos I e II do Artigo 55 da nova Lei de Migração, a saber, quando “*a medida configurar extradição inadmitida pela legislação brasileira*” (inciso I), ou quando o expulsando (inciso II)³⁰:

³⁰ Cumpre mencionar que a alínea “e” desse dispositivo fora objeto de veto presidencial, que incluía no rol de expulsandos que não poderiam ser expulsos aqueles que houvessem cometido crimes no Brasil e que fossem residentes no país por mais de quatro anos (BRASIL, 2016; BRASIL, 2017c).

- a) tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela;
- b) tiver cônjuge ou companheiro residente no Brasil, sem discriminação alguma, reconhecido judicial ou legalmente;
- c) tiver ingressado no Brasil até os 12 (doze) anos de idade, residindo desde então no País;
- d) for pessoa com mais de 70 (setenta) anos que resida no País há mais de 10 (dez) anos, considerados a gravidade e o fundamento da expulsão; (BRASIL, 2017a).

Apresentado o rol de situações em que a expulsão será inadmissível, na sequência, o Artigo 56, da Lei nº 13.445/2017, prevê que serão definidos em regulamento os procedimentos “*para apresentação e processamento de pedidos de suspensão e de revogação dos efeitos das medidas de expulsão e de impedimento de ingresso e permanência em território nacional*” (BRASIL, 2017a).

Nesse sentido, o Artigo 206, do Decreto Regulamentar nº 9.199/2017, dispõe sobre o requerimento de suspensão dos efeitos e de revogação da medida de expulsão e do impedimento de reingresso e permanência no território nacional (BRASIL, 2017b). Estabelece o dispositivo, em seu *caput*, que tal requerimento deverá ter por fundamento as causas de inexpulsabilidade previstas nas alíneas “a” a “d” do inciso II do Artigo 193, que reproduzem as hipóteses do supracitado Artigo 55, inciso II, da nova Lei de Migração (BRASIL, 2017b). Consoante o parágrafo 1º do Artigo 206 do Regulamento, o requerimento “*poderá ser apresentado em representação diplomática brasileira e será enviado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública para avaliação*” (BRASIL, 2017b). Apresentado o requerimento, cumpre frisar que, nos termos do parágrafo 2º, deste mesmo dispositivo, os efeitos da medida impeditiva de reingresso não serão automaticamente suspensos, ficando a suspensão sujeita à decisão do Ministério da Justiça e Segurança Pública (BRASIL, 2017b). Por fim, preceitua o parágrafo 4º do Artigo 206 que caberá ao “*Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública decidir sobre a revogação da medida de expulsão*” (BRASIL, 2017b).

Outrossim, o Artigo 57, da nova Lei, estabelece que regulamento deverá dispor sobre as “*condições especiais de autorização de residência para viabilizar medidas de ressocialização a migrante e a visitante em cumprimento de penas aplicadas ou executadas em território nacional*” (BRASIL, 2017a). O Artigo 58, *caput*, da nova Lei, por seu turno, prevê a garantia do contraditório e da ampla defesa no processo de expulsão, disciplinando, em seu parágrafo 1º, a atuação da DPU, que será notificada da instauração do processo de expulsão quando não houver defensor constituído em nome do expulsando e assegurando, em seu parágrafo 2º, o cabimento do pedido de reconsideração da decisão de expulsão no prazo de até dez dias,

contados a partir da notificação pessoal do expulsando (BRASIL, 2017a). Por derradeiro, o Artigo 59 da nova Lei de Migração determina que a situação migratória do expulsando cujo processo estiver pendente será considerada regular, ao passo que o Artigo 60 salienta que a existência do processo de expulsão não obsta à saída voluntária do expulsando do território nacional (BRASIL, 2017a).

4. ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE ENTRE AS MEDIDAS DE RETIRADA COMPULSÓRIA NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO E OS ARTIGOS DA CDI

O vértice central da terceira parte deste trabalho está centrado na análise comparativa entre o texto da nova Lei de Migração brasileira e os Projetos de Artigos da CDI, a fim de se verificar se os desenvolvimentos em termos de Direitos Humanos dos não-nacionais no âmbito dos procedimentos de retirada compulsória, logrados a partir da novel legislação migratória brasileira, estão, de fato, em consonância com o estado da arte desta matéria no âmbito do Direito Internacional, cristalizado nos Projetos de Artigos da CDI. Dessa feita, será conduzida uma análise orientada pelos Projetos de Artigos da CDI, com seus comentários, visando a verificar a compatibilidade da nova Lei de Migração com seus dispositivos.

Dito isso, para que possamos analisar os dispositivos e aspectos da nova Lei de Migração relevantes para a nossa discussão à luz dos Projetos de Artigos da CDI, será necessário, na primeira seção desta terceira parte, seguir o caminho inverso e a partir das definições das medidas de retirada compulsória da Lei nº 13.445/2017 delimitar qual o alcance do conceito de expulsão elaborado pela CDI no âmbito do Direito doméstico brasileiro.

Nas sessões subsequentes, a divisão dos tópicos se dará de acordo com as cinco Partes em que os Projetos de Artigos da CDI estão divididos. A Parte Primeira contém as disposições gerais, das quais iremos tratar doravante apenas dos Artigos 4 e 5, que preveem os requisitos de conformidade com a lei e de fundamentação da decisão de expulsão, em sentido amplo, porquanto o escopo e uso de termos e natureza jurídica da expulsão foram tratados na primeira parte do trabalho. A Parte Segunda, por seu turno, disciplina as proibições da expulsão consoante a CDI. Já a Parte Terceira, trata das obrigações dos Estados em relação às pessoas sujeitos à medida de retirada compulsória de seu território. A Parte Quarta disciplina os direitos processuais na seara do procedimento de expulsão. Por fim, a Parte Quinta versa trata das consequências jurídicas da expulsão.

Em termos de estrutura, as seções subsequentes à próxima seguirão, em linhas gerais, o mesmo padrão, sendo, em um primeiro momento, delimitados, apresentados e discutidos os Projetos de Artigos abordados em cada seção, para que se possa, em um segundo momento, verificar se o ponto analisado encontra paralelo na legislação brasileira e, em caso afirmativo, procedendo-se a uma análise comparativa, na qual avaliar-se-á se a norma correspondente no ordenamento jurídico pátrio está ou em consonância, ou defasada, ou ainda mais avançada, em relação aos parâmetros definidos pelos Projetos de Artigos da CDI.

4.1 DELIMITANDO O ESCOPO DA DEFINIÇÃO DE EXPULSÃO NOS ARTIGOS DA CDI À LUZ DAS MEDIDAS DE RETIRADA COMPULSÓRIA NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO

Retomando a definição de “expulsão” formulada pela CDI, como um “*ato formal ou conduta atribuíveis a um Estado, por meio das quais o alienígena é compelido a deixar o território daquele Estado*” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 4), depreende-se ao menos três elementos centrais que caracterizam esta medida como tal: (1) em primeiro lugar, trata-se de um ato formal ou conduta atribuível a um Estado; (2) em segundo lugar, deste ato ou conduta resulta uma medida ou ordem, cujo cumprimento pelo seu destinatário (o não-nacional) será compulsório; e (3) em terceiro lugar, corolário lógico, o não-nacional sujeito à medida compulsória deverá estar situado no território nacional do Estado que emite a ordem.

Nesta ordem de ideias, convém lembrar que a definição de expulsão dos Projetos de Artigos independe da nomenclatura adotada no âmbito do Direito doméstico dos Estados, razão pela qual devemos nos ater aos aspectos substanciais das medidas de retirada compulsória de não-nacionais – que são atos administrativos atribuíveis a um Estado – que eventualmente configurem a expulsão nos termos adotados pela CDI.

Destarte, verifica-se que tanto a deportação, prevista no Artigo 50, *caput*, da nova Lei de Migração, como a expulsão, prevista no Artigo 54, *caput*, do mesmo diploma, ainda que prescindam de causas distintas, possuem em comum os aspectos supramencionados, porquanto consistem em (1) medida decorrente de processo administrativo e medida administrativa, (2) que resulta na retirada compulsória de um migrante ou visitante (3) que se encontre em território nacional (BRASIL, 2017a). Estas serão, portanto, as duas modalidades de medidas de retirada compulsória que serão analisadas com mais vagar nas seções seguintes, na medida em que se encaixam na definição mais ampla de expulsão adotada nos Artigos da CDI, porém possuem diferenças substanciais entre si, em particular quanto às suas causas, como já mencionado, bem como aos seus requisitos, suas garantias e seus efeitos.

No que se refere à terceira modalidade de medida de retirada compulsória prevista na legislação brasileira, a saber, a repatriação, prevista no Artigo 49, *caput*, da nova Lei de Migração, verifica-se que não coaduna com o conceito amplo de expulsão da CDI, tendo em vista que na repatriação imediata o repatriando é parado na fronteira, não chegando, dessa feita, a ingressar no território nacional brasileiro. Outrossim, ainda que o repatriando ingresse condicionalmente no território do Brasil, diante da impossibilidade de repatriação imediata, isso só será possível uma vez firmado o compromisso da empresa transportadora de retornar o

repatriando, portanto, sem a necessidade de o Estado brasileiro instaurar um procedimento administrativo com a finalidade de determinar a retirada compulsória dessa pessoa, tampouco de efetuar a retirada de forma coercitiva. Nesta ordem de ideias, o Artigo 2, item “a”, dos Projetos de Artigos, determina categoricamente que a expulsão para fins dos Projetos de Artigos não inclui a não admissão de um não-nacional no território de um Estado (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 4). Com efeito, a não admissão constitui hipótese na qual se encaixa a repatriação, na qualidade de “*medida administrativa de devolução de pessoa em situação de impedimento ao país de procedência ou de nacionalidade*” (BRASIL, 2017a).

Por fim, no que se refere à extradição, oportuno lembrar que se trata de medida expressamente excluída do escopo dos Projetos de Artigos da CDI, nos termos do Projeto de Artigo 2, item “a” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 4). Além disso, no plano doméstico brasileiro, a extradição, que já estava presente no Estatuto do Estrangeiro e que, na visão de André de Carvalho Ramos, é estranha ao tema do migrante, fora mantida e incluída no Capítulo VIII da nova Lei de Migração, que trata das medidas de cooperação internacional (BRASIL, 1980; BRASIL, 2017a; RAMOS, 2017).

Diante de todo o exposto, devidamente delimitado o alcance da definição de expulsão dos Artigos da CDI no âmbito das medidas de retirada compulsória da nova Lei de Migração, abrangendo as medidas de deportação e expulsão, iremos, nas seções seguintes, descer às minúcias dos Projetos de Artigos da CDI e da nova Lei e Migração brasileira e do seu Regulamento a fim de verificar se a legislação nacional está em consonância, atrasada ou mesmo adiantada em relação ao que consideramos o estado da arte da matéria na esfera internacional, a saber, os Projetos de Artigos sobre Expulsão de Alienígenas da CDI.

4.2 REQUISITOS E FUNDAMENTOS PARA A LEGALIDADE DA MEDIDA DE RETIRADA COMPULSÓRIA

Na Parte Primeira dos Projetos de Artigos da CDI, onde estão contidas as suas disposições gerais, tem-se o requisito de conformidade da decisão de retirada compulsória com a lei insculpido em seu Artigo 4, ao passo que a exigência de fundamentação para fins de legalidade da decisão de retirada compulsória está prevista em seu Artigo 5.

4.2.1 O requisito de conformidade da decisão de retirada compulsória com a lei

Recapitulando a discussão travada na primeira parte deste trabalho, acerca do requisito de conformidade da decisão de retirada compulsória com a lei, é essencial salientar, de plano, que tal requisito fora insculpido na norma do Projeto de Artigo 4, o qual estabelece que “[a]n alien may be expelled only in pursuance of a decision reached in accordance with law” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, pp. 6-7). É corolário lógico que tal medida somente possa ser exercida dentro dos parâmetros da lei, tendo em vista que a prerrogativa dos Estados de regular as suas condições em seu território, dentro dos parâmetros do Direito Internacional, implica na obrigação de observar as normas que positivara no seu próprio ordenamento jurídico doméstico e, evidentemente aquelas com relação às quais decidiu se obrigar (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, p. 7).

Ademais, o requisito de conformidade da decisão de retirada compulsória com a lei, isto é, com o Direito doméstico, é solidamente estabelecido no Direito Internacional dos Direitos Humanos, em ambos os níveis universal e regional (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 7). No plano universal, esta restrição está consagrada no Artigo 13 do PIDCP, *in verbis*:

Um estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado Parte do presente Pacto só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei e, a menos que razões imperativas de segurança nacional a isso se oponham, terá a possibilidade de expor as razões que militem contra sua expulsão e de ter seu caso reexaminado pelas autoridades competentes, ou por uma ou várias pessoas especialmente designadas pelas referidas autoridades, e de fazer-se representar com esse objetivo (grifos nossos) (BRASIL, 1992).

Observa-se que o dispositivo supracitado está adstrito aos não-nacionais cuja presença no território do Estado expulsor³¹ esteja regularizada (KÄLIN, 2010, parágrafo 13). Ainda no âmbito universal, o alcance *ratione personae* deste requisito fora, contudo, estendido pela Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias (ou “Convenção dos Trabalhadores Migrantes”)³² a todos os trabalhadores migrantes, independente da regularidade de seu status migratório (KÄLIN, 2010,

³¹ O termo “Estado expulsor” deverá ser compreendido no sentido formulado pela CDI, como o Estado que emite a medida de retirada compulsória de um não-nacional, abarcando, portanto, no plano doméstico brasileiro, tanto as hipóteses de deportação como de expulsão, consoante as definições da nova Lei de Migração.

³² A Convenção dos Trabalhadores Migrantes foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1990, porém entrou em vigor somente em 2003, quando atingiu o número mínimo de ratificações para este efeito. O objetivo central desta Convenção é o de conferir proteção internacional aos direitos de todos os trabalhadores migrantes e a todos os membros de suas famílias, reafirmando e estabelecendo normas básicas para este fim condensadas em um instrumento de aplicação universal (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1990). Em 17 de outubro, a Convenção contava com 52 Estados-partes. No Brasil, esta Convenção (que não deve ser confundida com a Convenção nº 97 sobre Trabalhadores Migrantes da Organização Internacional do Trabalho (OIT)), não fora promulgada pela Presidência da República até a presente data.

parágrafo 6), forte no seu Artigo 22, parágrafo 2º, que estabelece que os trabalhadores migrantes e membros de suas famílias “*may be expelled from the territory of a State Party only in pursuance of a decision taken by the competent authority in accordance with law*”³³ (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1990).

Nesta ordem de ideias, consoante clarifica o parágrafo (4) do comentário ao Projeto de Artigo 4, a CDI adotou a posição de que este requisito deverá ser aplicado a toda e qualquer decisão de retirada compulsória, independentemente de a presença do não-nacional no território do Estado expulsor ser regular ou não (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, pp. 7-8). Ademais, a CDI entendeu que o requisito permanecerá aplicável a todas as categorias de não-nacionais, ainda que o Direito doméstico possa prever diferentes regras e procedimentos para a expulsão a depender da natureza regular ou irregular do expulsando em seu território (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, pp. 7-8). Com efeito, no parágrafo (2) do comentário ao Projeto de Artigo 1º, a CDI esclarece que em relação ao escopo *ratione personae* dos Projetos de Artigos, nenhuma distinção é feita entre as diferentes categorias de não-nacionais (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 3).

Isto posto, percebe-se que a proteção que os Projetos de Artigos visam a conferir aos não-nacionais cujo ingresso no país tenha sido irregular ou cuja situação migratória tenha se tornado irregular ao longo de sua estada, tratamento praticamente idêntico àquele conferido às pessoas regularmente presentes no território de um Estado que não o de sua nacionalidade (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 4; MURPHY, 2013, p. 165). Dessa feita, pode-se concluir que ao conferir largamente as mesmas garantias e proteção dos não-nacionais com situação migratória regular aos não regulares, ou indocumentados, pretende a CDI promover um desenvolvimento progressivo no Direito Internacional, porquanto vai além dos dispositivos sobre medidas de retirada compulsória contidos nos instrumentos internacionais de direitos humanos de maior aderência, bem como ao Direito doméstico de muitos Estados, nos quais estes grupos são diferenciados (MURPHY, 2013, p. 166).

Na esfera do Direito doméstico brasileiro, é preciso ter presente que as medidas de retirada compulsória consistem em atos decorrentes de procedimentos administrativos. Nesse contexto, tem-se como uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais dos administrados, o princípio da legalidade, segundo o qual, “*a lei, ao mesmo tempo em que define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao*

³³ “Somente poderão ser expulsos do território de um Estado-parte em cumprimento a uma decisão tomada pela autoridade competente de acordo com a lei” (tradução nossa).

exercício de tais direitos em benefício da coletividade” (DI PIETRO, 2018, p. 91). Trata-se de princípio basilar da atuação da Administração Pública previsto no Artigo 37, *caput*, da CRFB, que submete a Administração Pública Direta e Indireta aos “*princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*” (BRASIL, 1988; DI PIETRO, 2018, p. 90). Por essa razão, nas palavras de Maria Sylvia Di Pietro (2018, p. 91), “*a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei*”.

Dito isso, resta evidente que a lei que contém previsão legal das medidas de retirada compulsória, não é outra senão a Lei nº 13.445/2017, a nova Lei de Migração que, em seus Artigos 50, *caput*, e 54, *caput*, dá a forma legal das medidas de deportação e expulsão³⁴, respectivamente. Dessa feita, os procedimentos conducentes às medidas de deportação e expulsão deverão observar o disposto na nova Lei de Migração no Decreto nº 9.199/2017, que a regulamenta, naquilo que couber.

No que se refere à questão da distinção entre migrantes em situação regular e irregular no território do Estado em que se encontram, cumpre avaliar, de plano, o disposto no Artigo 3º da nova Lei de Migração, que reúne os princípios e diretrizes orientadores da política migratória brasileira. No inciso IV do Artigo 3º está prevista a “*não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional*”, ao passo que o inciso V, estabelece a “*promoção de entrada regular e de regularização documental*” como diretriz da nova Lei de Migração (BRASIL, 2017a). Lidos esses dispositivos em conjunto, depreende-se que a nova Lei de Migração rompera com o viés securitário do Estatuto do Estrangeiro no sentido de rechaçar, de um lado, a ideia de discriminação do não-nacional com base na maneira como essa pessoa natural ingressara em seu território nacional, e, de outro lado, se propusera a fomentar a entrada regular no território nacional, bem como a facilitação da regularização documental de migrantes que eventualmente se encontrem em situação irregular. Outrossim, é fundamental salientar que, nos termos do parágrafo 1º do seu Artigo 4º, todos os “*direitos e as garantias previstos nesta Lei serão exercidos em observância ao disposto na Constituição Federal, independentemente da situação migratória*” (BRASIL, 2017a),

A discussão acima travada apenas é relevante, todavia, no contexto da expulsão, conforme definida no Artigo 54, *caput*, da nova Lei de Migração. Isso porque é corolário lógico da deportação, nos termos do seu Artigo 50, *caput*, da nova Lei, que a pessoa sujeita a uma medida de deportação esteja invariavelmente em situação irregular no território brasileiro, de

³⁴ A medida de repatriação está disciplinada no Artigo 49, *caput*, da nova Lei de Migração, entretanto foge do escopo deste trabalho.

modo que resta legalmente impossível proceder à deportação de pessoa cuja situação migratória no Brasil seja regular.

4.2.2 A obrigação de fundamentação da decisão de retirada compulsória

A questão dos fundamentos para a legalidade (“*lawfulness*”) da decisão de retirada compulsória é, sem dúvida, complexa e multifacetada, porquanto compreende um conjunto de diferentes aspectos relacionados, sobretudo, à declaração do fundamento para a medida de retirada propriamente dita, à existência de um fundamento válido para a decisão e à avaliação deste fundamento pelas autoridades competentes (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 9). No âmbito do Direito Internacional vigente, as únicas limitações ao exercício da discricção dos Estados neste particular são aquelas proibições gerais de discriminação expressamente previstas em tratados de Direitos Humanos (KÄLIN, 2010, parágrafo 7), nomeadamente a do Artigo 26 do PIDCP, cuja dicção é a seguinte:

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação (BRASIL, 1992).

Nesse contexto, a CDI, a fim de estabelecer o conjunto de fundamentos para a legalidade da retirada compulsória de um não-nacional, valeu-se dos desenvolvimentos do Direito Internacional oriundos de outras fontes, tal como o julgamento da Corte Internacional de Justiça no caso *Diallo*³⁵ (CRAWFORD, 2012, p. 609), o qual é, de fato, citado em muitos dos comentários aos Projetos de Artigos (FORTEAU, 2017, p. 45).

Primeiramente, cumpre ressaltar que o Projeto de Artigo 5 determina que o Estado expulsor possui a obrigação sob o Direito Internacional de indicar e declarar quais os fundamentos sobre os quais a decisão de retirada compulsória é baseada (parágrafo 1º), os quais

³⁵ No caso Ahmadou Sadio Diallo, envolvendo a República da Guiné (requerente) e a República Democrática do Congo (reclamado), a CIJ considerou as questões dos direitos do Sr. Ahmadou Sadio Diallo como indivíduo e no que diz respeito aos seus direitos de associado em uma companhia privada, chamada Africom-Zaire e Africontainers-Zaire. O Sr. Diallo, um homem de negócios de nacionalidade guineense que viva na República Democrática do Congo, fora, de acordo com a República da Guiné, preso e detido pela RDC, bem como despojado dos seus investimentos, negócios e propriedade, e então expulso do país. Tais condutas foram, sustentara o requerente, levada a cabo em violação a obrigações internacionais por parte da RDC, tendo em vista que a Guiné estava impossibilitada de exercer proteção diplomática em relação ao Sr. Diallo (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

têm de estar previstos na legislação doméstica (parágrafo 2º), devendo ser avaliados de acordo com os princípios da boa-fé e razoabilidade, levando em consideração as circunstâncias do caso concreto (parágrafo 3º), e não podem ser contrários às obrigações sob o Direito Internacional contraídas pelo país (parágrafo 4º) (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, pp. 9-10). Nesse sentido, impende transcrever o seguinte trecho do julgamento de 30 de novembro de 2010 da CIJ no caso *Diallo*, no qual a Corte concluiu que sob o Artigo 13, do PIDCP, e o Artigo 12, parágrafo 4º, da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos,

*the expulsion of an alien lawfully in the territory of a State which is a party to these instruments can only be compatible with the international obligations of that State if it is decided in accordance with “the law”, in other words the domestic law applicable in that respect. Compliance with international law is to some extent dependent here on compliance with internal law. However, [...] [this] is not the sufficient condition. First, the applicable domestic law must itself be compatible with the other requirements of the Covenant and the African Charter; second, an expulsion must not be arbitrary in nature, since protection against arbitrary treatment lies at the heart of the rights guaranteed by the international norms protecting human rights*³⁶ (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, p. 663, para. 65).

Diante do exposto, no entendimento proferido pela Corte naquela ocasião, se o Estado não aduz os fundamentos capazes de oferecer uma base suficientemente defensável (“*sufficiently ‘defensible basis’*”, em inglês) para a medida de retirada compulsória, como foi o caso da República Democrática do Congo neste caso, essa medida constituirá, então, uma decisão arbitrária (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, parágrafo 82; COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 9).

Outrossim, resta evidente o fato de que a legalidade da decisão de retirada compulsória sob o Direito Internacional depende tão-somente de que os seus fundamentos estejam necessariamente previstos no Direito doméstico, tendo em vista que não há uma lista de fundamentos válidos para a retirada compulsória de não nacionais sob o Direito Internacional (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 9). De fato, as legislações nacionais preveem uma vasta gama de fundamentos para tais medidas, sendo as violações às legislações migratórias domésticas o fundamento mais invocado pelos Estados, fazendo assim da irregularidade da presença do não-nacional em seu território um fundamento admissível para

³⁶ “A expulsão de um alienígena legalmente presente no território do Estado que é parte destes instrumentos somente será compatível com as obrigações internacionais deste Estado se for decidida de acordo “com a lei”, em outras palavras o Direito doméstico aplicável a este respeito. Conformidade com o Direito Internacional é aqui em certa medida dependente da conformidade com o Direito interno. Entretanto, [...] [isto] não é condição suficiente. Primeiro, o Direito doméstico aplicável deve ser em si compatível com outros requisitos do Pacto e da Carta Africana; segundo, uma expulsão não deve ser arbitrária em sua natureza, tendo em vista que a proteção contra tratamento arbitrário está no coração dos direitos garantidos pelas normas internacionais de proteção dos direitos humanos” (tradução nossa).

proceder à deportação ou expulsão, à luz do Direito Internacional (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 9).

Ademais, o temor de que o não-nacional possa apresentar uma ameaça à segurança nacional ou à ordem pública são também frequentemente invocados como justificativas para proceder às medidas de retirada compulsória (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 10; KÄLIN, 2010, parágrafo 7). Entretanto, a margem de apreciação que os Estados possuem para determinar o que consiste uma preocupação legítima com a ordem pública (“*ordre public*”, em francês) deve ser mensurada de acordo com a régua dos *standards* de Direitos Humanos (CRAWFORD, 2012, p. 609).

Além disso, o parágrafo 3º, do Projeto de Artigo 5, disciplina a maneira na qual o fundamento para a retirada compulsória deverá ser avaliado pela autoridade competente. Esta avaliação deverá ser feita de acordo com a boa-fé e a razoabilidade, e, outrossim, deverão as circunstâncias factuais que eventualmente possam ensejar (ou não) a adoção da medida ser levadas em consideração (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 10). Tais circunstâncias, quando relevantes incluem, *inter alia*, a gravidade dos fatos, a conduta do não-nacional acusado, ou a natureza presente da ameaça constituída pelos fatos, sendo esta última particularmente relevante quando a medida de retirada compulsória é justificada em fundamentos de segurança nacional ou ordem pública (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 9-10).

Por fim, o parágrafo 4º do Artigo 5º visa tão-somente a recordar a proibição da retirada compulsória de um não-nacional sob um fundamento contrário às obrigações contraídas por aquele país no âmbito do Direito Internacional. Trata-se de proibição, por exemplo, de medida de retirada que seja fundada em justificativa discriminatória no sentido do Projeto de Artigo 14, isto é, discriminando o deportando ou expulsando em razão, por exemplo, de sua raça, cor, sexo, origem nacional, étnica, ou social, língua, religião, ou opinião política (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, pp. 10 e 20)

Voltando-nos ao Direito brasileiro, no que concerne à deportação, conforme definida no Artigo 50, *caput*, da nova Lei de Migração, a necessidade de fundamentação da decisão está expressa no parágrafo 1º do mesmo dispositivo, o qual determina que na notificação pessoal ao deportando deverá constar, expressamente as irregularidades verificadas pela autoridade competente que, como vimos na segunda parte deste trabalho, será a Polícia Federal (BRASIL, 2017a). Ademais, o próprio Artigo 50, *caput*, traz a previsão legal do fundamento para a deportação, qual seja o fato de o migrante ou visitante se encontrar em situação migratória irregular no território nacional (BRASIL, 2017a), a qual, como vimos, é amplamente

reconhecida como causa legítima para a emissão de uma ordem de retirada compulsória (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 9).

No âmbito da expulsão, conforme definida no Artigo 54, *caput*, da nova Lei de Migração, o fundamento da expulsão está consubstanciado, como vimos na segunda parte do trabalho, em condenação com sentença transitada em julgado relativa à prática de crime definido pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, 1998, ou de crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, fulcro no parágrafo 1º, incisos I e II, do mesmo dispositivo (BRASIL, 2017a).

Outrossim, estabelece o Regulamento da nova Lei, em seu Artigo 195, *caput*, que o “*procedimento de expulsão será iniciado por meio de Inquérito Policial de Expulsão*” (BRASIL, 2017b), sendo, nos termos no parágrafo 1º, do mesmo dispositivo, a Polícia Federal a autoridade competente para instaurá-lo e o Ministério da Justiça e Segurança Pública, para decidir sobre a expulsão, se julgar pertinente a adoção de tal medida a partir do parecer da Polícia Federal (BRASIL, 2017b). Nesse sentido, determina o parágrafo 4º, do mesmo dispositivo, acerca da necessidade de fundamentação, que o Inquérito Policial de Expulsão “*conterá relato do fato motivador da expulsão e a sua fundamentação legal*” (BRASIL, 2017b).

Diante do exposto, tendo em vista que as medidas compulsórias possuem natureza de ato administrativo, há que se buscar tais requisitos em outras fontes normativas do ordenamento jurídico brasileiro. O princípio de Direito Administrativo da motivação identifica-se com o requisito de fundamentação da medida de retirada compulsória na medida em que o primeiro exige, em síntese, “*que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões*” (DI PIETRO, 2018, p. 107). Destarte, no que se refere à aplicação do princípio da motivação, a sua positivação no Direito brasileiro ocorrera por meio da Lei federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (DI PIETRO, 2018, p. 107). Previsto no Artigo 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/1999, o princípio da motivação, na dicção do inciso VII, do parágrafo único, deste mesmo dispositivo, exige a “*indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinam a decisão*”, ao passo que o Artigo 50, do mesmo diploma, estabelece a obrigatoriedade de motivação, com a devida indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, nas hipóteses em que os atos administrativos, *inter alia*, negarem, limitarem ou afetarem direitos ou interesses (inciso I), ou impuserem ou agravarem deveres, encargos ou sanções (inciso II) (BRASIL, 1999; DI PIETRO, 2018, p. 108).

No que concerne à boa-fé e razoabilidade na apreciação das medidas de deportação e de expulsão pelas respectivas autoridades competentes, não há qualquer previsão expressa na Lei nº 13.445/2017 neste sentido. Entretanto, considerando que se tratam de atos administrativos,

há que se recorrer a outras fontes que não a Lei de Migração também neste ponto. Dessa feita, no que tange à aplicação do princípio da boa-fé no Direito Administrativo, a sua positivação no Direito brasileiro veio a ocorrer por meio da Lei federal nº 9.784/1999 (DI PIETRO, 2018, p. 112). Nos termos do Artigo 2º, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 9.784/1999, devem ser observados nos processos administrativos os critérios de “*atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé*” (DI PIETRO, 2018, pp. 112-113). Quanto à observância da razoabilidade, verifica-se que se trata de princípio que, aplicado ao Direito Administrativo, constitui mais uma das tentativas de impor restrições à discricionariedade administrativa (DI PIETRO, 2018, p. 106). Também referido na Lei nº 9.784/1999 e com previsão constitucional no Artigo 37, *caput*, da CRFB, tal princípio preceitua que para que uma decisão discricionária da Administração atenda ao princípio da razoabilidade e seja, portanto, legítima, mesmo que não transgrida norma concreta e expressa, deverá dar os fundamentos de fato ou de direito que a consubstanciam, levar em consideração os fatos do caso concreto ou aqueles que sejam públicos e notórios, e observar a proporcionalidade entre os meios empregados e o fim que se deseja alcançar com a lei (DI PIETRO, 2018, pp. 106-107).

Além disso, outro aspecto comum a ambas as modalidades de medidas de retirada compulsória analisadas é a necessidade de observância das obrigações internacionais do Brasil no âmbito da aplicação de tais medidas, em particular no que se refere à obrigação de não-discriminação, é necessário ter presentes os princípios e diretrizes insculpidos no Artigo 3º da nova Lei de Migração, nomeadamente a “*universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos*” (inciso I), bem como o “*repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação*” (inciso II), e a “*observância ao disposto em tratado*” (inciso XVIII) (BRASIL, 2017a). Outrossim, o Artigo 46, da nova Lei, determina que se dará no âmbito das medidas de retirada compulsória a aplicação, *inter alia*, de tratados que tratem da proteção aos apátridas ou de outras situações humanitárias, assim como o Artigo 47, do mesmo diploma, exige a “*observância aos tratados dos quais o Brasil seja parte*” quando da repatriação, deportação ou expulsão para o país de nacionalidade ou de procedência do migrante ou do visitante (BRASIL, 2017a). Destarte, conclui-se que a legislação migratória brasileira está, também neste tocante, em consonância com os Projetos de Artigos da CDI.

4.3 HIPÓTESES DE VEDAÇÃO DAS MEDIDAS DE RETIRADA COMPULSÓRIA

As hipóteses em que a medida de retirada compulsória é proibida estão elencadas na Parte Segunda dos Projetos de Artigos, a qual compreende os Artigos 6 a 12, os quais

estabelecem a vedação da expulsão de refugiados (Artigo 6), de apátridas (Artigo 7), bem como da privação do direito de nacionalidade para fins de expulsão (Artigo 8), da expulsão coletiva (Artigo 9) e da expulsão “disfarçada” (Artigo 10). As hipóteses restantes consistem na proibição da expulsão com a finalidade de confiscar bens (Artigo 11) e da expulsão como uma forma de contornar um procedimento de extradição em curso (Artigo 12).

4.3.1 Proibição da retirada compulsória de refugiados e de apátridas

O Projeto de Artigo 6, em seu *caput*, estabelece que a aplicação dos Projetos de Artigos se dará sem prejuízo das normas de Direito Internacional relativas aos refugiados, bem como de quaisquer normas ou práticas mais favoráveis à proteção dos refugiados (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 10). No segundo parágrafo do Comentário ao Artigo 6, a CDI assevera que o termo “refugiado” deve ser entendido não apenas à luz da definição do Artigo 1º, da Convenção Relativa ao Estatuto de Refugiado, de 1951, mas também levando em consideração os desenvolvimentos subsequentes nesta seara (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 10). Com o termo “normas de Direito Internacional relativas aos refugiados”, quis a CDI se referir a todas as normas emanadas de tratados nos níveis universal, regional e sub-regional relacionadas aos refugiados, bem como ao direito internacional costumeiro relevante (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 11). Além das normas de Direito Internacional, fora dada especial atenção à prática nacional neste campo, que fora considerada pela CDI como importante fonte de direitos dos refugiados, na medida em que abrange as normas pertinentes de Direito interno sobre a matéria (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 11).

O subparágrafo (a), do Artigo 6, reproduz a redação do Artigo 32, parágrafo 1º, da Convenção Relativa ao Estatuto de Refugiado, de 1951, no que veda a retirada compulsória de um refugiado cuja situação migratória seja regular do território do Estado em que se encontre, salvo por motivos de segurança nacional ou ordem pública (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 11). Todavia, em que pese a ausência de norma expressa nesse sentido, a CDI entendeu que essa proteção deverá se estender também àquele não-nacional que, havendo ingressado ou estando em situação irregular no território de um Estado, tenha feito solicitação de refúgio, contanto que a solicitação esteja sob análise (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 11). Nesse sentido, tal extensão da proteção afastaria os solicitantes de refúgio daquela hipótese em que a presença irregular do não-nacional no território de um Estado constituiria, *per se*, a justificativa para a sua retirada compulsória

(COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL 2014, pp. 11-12). Não obstante, sugere a Comissão que essa proteção poderia ser afastada nos casos em que houvesse intenção manifesta de burlar uma decisão de retirada compulsória iminente por meio da solicitação de refúgio (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 12).

Ademais, o subparágrafo (b) do Artigo 6 versa sobre a obrigação de *non-refoulement*, ou da não devolução, princípio basilar do Direito Internacional dos Refugiados, “*que consiste na proibição da devolução do solicitante de refúgio e/ou do refugiado para território no qual sua vida ou integridade física corram perigo*”, em razão de sua raça, religião, nacionalidade, etnia, opinião política e pertencimento a grupo social (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 12; JUBILUT, 2007, pp. 59 e 76). Outrossim, é fundamental ressaltar que o subparágrafo (b) do Artigo 6 constitui uma exceção em relação aos demais dispositivos dos Projetos de Artigos, na medida em que também abarcam as situações de não-admissão de um não-nacional no território de um Estado, ao determinar que o Estado não poderá, em hipótese alguma, expulsar ou retornar (“*refouler*”) um refugiado para um território onde possa sofrer tais ameaças à sua vida e integridade física (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 12). Por derradeiro, a proteção prevista no subparágrafo (b) se aplica a quaisquer refugiados, independentemente de a sua presença no Estado receptor estar regular ou irregular (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 12).

No que concerne às normas relativas à retirada compulsória de pessoas apátridas, o Projeto de Artigo 7 determina que a aplicação do disposto nos Projetos de Artigos será feita sem prejuízo das normas de Direito Internacional relativas à proteção de pessoas em situação de apatridia (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 12). O termo “pessoa apátrida” é definido no Artigo 1º da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, como “*toda pessoa que não seja considerada seu nacional por nenhum Estado, conforme sua legislação*” (BRASIL, 2002). Como é o caso da proteção dos refugiados, os apátridas são também protegidos sob normas de Direito Internacional que estabelecem um regime mais favorável que impõe limites à sua retirada compulsória (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 12). Ademais, o Projeto de Artigo 7, partindo da norma do Artigo 31, parágrafo 1º, da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, determina que tal limitação à retirada compulsória de apátridas só valerá para aqueles cuja presença no território do Estado expulsor esteja regularizada (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 13). Por outro lado, o Artigo 7 – diferentemente do subparágrafo (b) do Artigo 6, que trata dos refugiados – não contém uma obrigação de *non-refoulement*, de modo que aos apátridas aplicar-se-iam somente as mesmas regras gerais aplicáveis a qualquer não-nacional sujeito a uma

medida de retirada compulsória, fulcro nos Projetos de Artigos 23 e 24 (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 13).

Na esfera doméstica, as duas categorias de não-nacionais acima abordadas – refugiados e apátridas – foram dignas de atenção especial, no entendimento do legislador da nova Lei de Migração, haja vista que o Artigo 46, da nova Lei de Migração, determinara que os dispositivos do Capítulo V, que tratam das medidas de retirada compulsória, deverão observar a Lei de Refúgio (Lei nº 9.474/97), bem como as “*disposições legais, tratados, instrumentos e mecanismos que tratem da proteção aos apátridas ou de outras situações humanitárias*” (BRASIL, 2017a). Dessa feita, na mesma linha da regra do *caput* do Projeto de Artigo 6, o legislador da Lei de Migração entendeu que no tema das vedações à retirada compulsória de refugiados e apátridas, faz-se mister ter presentes as fontes normativas supracitadas.

Nesta ordem de ideias, convém observar que fora incorporada ao Direito positivo brasileiro uma definição ampliada do termo “refugiado”, expressa no Artigo 1º, da Lei 9.474/1997, na medida em que além de reconhecer como refugiado aqueles indivíduos “*devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país*” (BRASIL, 1997), esse dispositivo, seguindo as diretrizes da Declaração de Cartagena, de 1984³⁷, reconheceu como tal também aquelas pessoas que “*devido a grave e generalizada violação de direitos humanos [tenham sido obrigadas] a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país*” (BRASIL, 1997; JUBILUT, 2007, pp. 175-176 e 191).

No que se refere às normas de Direito doméstico mais favoráveis aos refugiados no âmbito das medidas de retirada compulsória, na dicção do Artigo 7, parágrafo 1º, da Lei nº 9.474/1997, o solicitante de refúgio não poderá, em hipótese alguma, ser deportado “*para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política*” (BRASIL, 1997). Outrossim, em linguagem similar à adotada pela CDI, o Artigo 36 da Lei de Refúgio determina que “[n]ão

³⁷ Na lição da Professora Liliana Jubilut, a Declaração de Cartagena, de 1984, “*foi adotada em função da necessidade de se reavaliar a proteção internacional aos refugiados em face da grave crise que ocorria na região centro-americana. Seus objetivos eram os de propor tanto medidas para a proteção dos refugiados provenientes desta região quanto para a adequação do sistema internacional de proteção às suas necessidades*”. Foram sugeridas diversas medidas na Declaração de Cartagena, “*sendo a principal delas a ampliação da definição de refugiado presente nos diplomas universais para abranger indivíduos que ‘fugiram de seus países porque sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas pela violência generalizada, pela agressão estrangeira, pelos conflitos internos, pela violação maciça dos direitos humanos ou por outras circunstâncias que hajam perturbado gravemente a ordem pública’*”. [...] Tal definição era vista como mais apropriada para a realidade da região do que a definição mais restritiva do sistema internacional” (JUBILUT, 2007, pp. 104-105).

será expulso do território nacional o refugiado que esteja regularmente registrado, salvo por motivos de segurança nacional ou de ordem pública” (BRASIL, 1997). Ademais, a obrigação de *non-refoulement* das pessoas em situação de refúgio, por seu turno, fora incorporada no Artigo 37, da Lei de Refúgio, no que reconhece que

A expulsão de refugiado do território nacional não resultará em sua retirada para país onde sua vida, liberdade ou integridade física possam estar em risco, e apenas será efetivada quando da certeza de sua admissão em país onde não haja riscos de perseguição. (BRASIL, 1997).

Quanto à discussão sobre a regularidade da situação migratória, tendo em vista que do reconhecimento da condição de solicitante de refúgio resulta a regularização da situação migratória da pessoa em questão, mediante autorização de residência provisória até a conclusão do processo de solicitação de refúgio, nos termos do Artigo 21, da Lei nº 9.474/1997 (BRASIL, 1997). Nesse contexto, é importante salientar que a entrada irregular não obsta à possibilidade de o migrante solicitar refúgio, nos termos do Artigo 8º, da Lei de Refúgio, tendo em vista que caso fosse exigida *“a sua entrada legal no território de refúgio estar-se-ia praticamente impedindo sua vinda, já que, na maioria das vezes, a obtenção de um visto e/ou um passaporte é impossível, em virtude da situação no país de origem”* (JUBILUT, 2007, p. 192).

Acerca das normas relativas às pessoas em situação de apatridia, tem-se internalizado no Direito brasileiro, por meio do Decreto nº 4.246, de 2002, a já referida Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas. Não há, contudo, legislação que trate especificamente da matéria, tal como a Lei de Refúgio, para além da nova Lei de Migração, na medida em que contém dispositivos sobre a apatridia. Isto posto, cumpre observar que prevê o Artigo 31, parágrafo 1º, deste tratado internacional, a vedação da “expulsão” de apátrida *“que se encontre regularmente no seu território senão por motivos de segurança nacional ou de ordem pública”* (BRASIL, 2002). Como se trata da tradução oficial brasileira do texto autêntico de tratado internacional adotado no âmbito do sistema ONU, entendo que o termo “expulsão” fora aqui empregado em sentido amplo, ou seja, no sentido da definição adotada pela CDI nos Projetos de Artigos, portanto independentemente das nomenclaturas que venham a ser adotadas no plano do Direito doméstico. Dessa feita, o conceito de “expulsão” do Artigo 31, parágrafo 1º, abarcaria, no disposto da nova Lei de Migração, tanto a deportação como a expulsão – ambas hipóteses em que a retirada compulsória de apátridas restaria, portanto, vedada.

Considerando que a norma do Projeto de Artigo 6, subparágrafo (b), compreende também a vedação da devolução (“*return*”) da pessoa em situação de refúgio, o legislador da

Lei de Migração brasileira fora além ao estabelecer, no Artigo 49, parágrafo 4º, da nova Lei, a proibição da repatriação tanto de pessoa em situação de refúgio como de pessoa em situação de apatridia, de fato ou de direito (BRASIL, 2017a). Além disso, ainda que não faça referência expressa a refugiados ou apátridas, o Artigo 62 da nova Lei poderia ser interpretado como uma regra de *non-refoulement* de escopo e aplicação *ratione personae* mais abrangente, na medida em que determina a proibição da repatriação, deportação ou expulsão de qualquer indivíduo desde que subsistam “razões para acreditar que a medida poderá colocar em risco a vida ou a integridade pessoal” (BRASIL, 2017a).

4.3.2 Proibição da privação da nacionalidade para fins de retirada compulsória

Consoante o Projeto de Artigo 8, um Estado não pode fazer de um nacional seu alienígena, por meio da privação do direito de nacionalidade, com o objetivo único de retirar compulsoriamente essa pessoa de seu território (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 13). Tal hipótese de perda de nacionalidade configuraria medida abusiva e arbitrária, no sentido do Artigo 15, parágrafo 2º, da DUDH, segundo o qual nenhum indivíduo poderá ser “*arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade*” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 13; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Oportuno salientar, todavia, que o Projeto de Artigo 8 não visa a limitar o funcionamento normal das legislações domésticas relativas à aquisição e perda de nacionalidade e, por conseguinte, não interfere no direito soberano dos Estados de privar um indivíduo de sua nacionalidade, com base em fundamento previsto em lei, tampouco está relacionado às situações em que uma pessoa voluntariamente renuncia à sua nacionalidade (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 13). Ademais, o Artigo 8 sequer toca na questão da retirada compulsória por um Estado de seus próprios nacionais, porquanto se trata de hipótese que foge ao escopo dos Projetos de Artigos, que se ocupam tão-somente da retirada compulsória de não-nacionais (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 14).

No que concerne à possibilidade de perda de nacionalidade no Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 prevê, em seu Artigo 12, parágrafo 4º, que será declarada a perda de nacionalidade do brasileiro que “*tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional*” (inciso I), ou que “*adquirir outra nacionalidade*” (inciso II), exceto nos casos em que houver “*reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira*” (alínea “a”) ou “*imposição de naturalização,*

pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis” (alínea “b”) (BRASIL, 1988). Interessante observar que a hipótese do inciso I do parágrafo 4º do Artigo 12 da CRFB, fora incorporado na nova Lei de Migração, em seu Artigo 75, no que determina que o *“naturalizado perderá a nacionalidade em razão de condenação transitada em julgado por atividade nociva ao interesse nacional”* (BRASIL, 2017a).

Além disso, cumpre asseverar que, nos termos dos Artigos 53 e 55, inciso I, da nova Lei de Migração, não se procederá à deportação ou à expulsão se a medida configurar extradição não admitida pela legislação brasileira (BRASIL, 2017a). Consoante o Artigo 82, inciso I, é inadmitida a extradição quando *“o indivíduo cuja extradição é solicitada ao Brasil for brasileiro nato”* (BRASIL, 2017a). Dessa feita, na exegese da Lei de Migração, é possível concluir que no ordenamento jurídico brasileiro é inadmitida a deportação e a expulsão de brasileiro nato, ao passo que é possível, em tese, a adoção das mesmas medidas em relação a brasileiro naturalizado que tenha perdido a nacionalidade, nos termos da CRFB, fulcro no seu Artigo 75, ou ainda que incorra na hipótese no parágrafo 4º do Artigo 82, segundo o qual é admitida *“a extradição de brasileiro naturalizado, nas hipóteses previstas na Constituição Federal”* (BRASIL, 2017a).

Em síntese, a privação de nacionalidade com a finalidade de deportação ou expulsão constitui situação na qual a retirada compulsória não prescinde – e nem pode prescindir – de uma previsão legal, porquanto constitui medida abusiva que visa a atingir um determinado fim por meios ilegítimos, contornado os procedimentos administrativos próprios, previstos na legislação doméstica. Por essa razão, não há neste ponto análise comparativa a ser feita da legislação migratória brasileira em relação aos Projetos de Artigos.

4.3.3 Proibição da retirada compulsória coletiva

O Projeto de Artigo 9, em seu parágrafo 2º, prevê a proibição expressa da expulsão coletiva, a qual é singelamente definida, em seu parágrafo 1º, como a expulsão de não-nacionais como um grupo (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 14).

Neste diapasão, o parágrafo 3º, do mesmo dispositivo, elucida em que termos ocorreria a vedada expulsão coletiva, ao especificar as condições sob as quais os membros de um determinado grupo de não-nacionais poderiam ser expulsos concomitantemente sem que essa medida configurasse expulsão coletiva no sentido dos Projetos de Artigos (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 15). Além disso, o parágrafo 3º determina que será

admissível a expulsão concomitante de não-nacionais que integrem um mesmo grupo, desde que a expulsão se dê após e com base em uma avaliação feita sobre o caso concreto devidamente individualizado de cada membro do grupo em questão e de acordo com o disposto nos Projetos de Artigos (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, pp. 14-15). Com efeito, a norma do parágrafo 3º do Artigo 9 deve ser lida à luz do parágrafo 3º do Projeto de Artigo 5, no que determina que os fundamentos para a decisão de expulsão deverão observar os princípios da boa-fé e da razoabilidade, atentando para todas as circunstâncias factuais do caso concreto (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 15).

Por fim, o parágrafo 4º do Artigo 9 estabelece que o disposto neste artigo deverá ser aplicado sem prejuízo das normas de Direito Internacional aplicáveis à expulsão de não-nacionais no contexto de um conflito armado envolvendo o Estado que emite a ordem de retirada compulsória, de modo a evitar quaisquer incompatibilidades entre os direitos e obrigações previstos nos Projetos de Artigos e aqueles do Direito Internacional Humanitário³⁸ (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 15).

No âmbito do Direito brasileiro, o Artigo 3º, inciso XXII, da nova Lei de Migração, consagra como um de seus princípios norteadores o “*repúdio a práticas de expulsão ou de deportação coletivas*” (BRASIL, 2017a). Nessa toada, o Artigo 61, *caput*, do mesmo diploma, estabelece a vedação expressa da repatriação, deportação ou expulsão coletivas, que na dicção do parágrafo único do mesmo dispositivo, são aquelas que não individualizam a situação migratória irregular de cada pessoa (BRASIL, 2017a). Especifica o Regulamento da nova Lei de Migração, em seu Artigo 183, parágrafo 3º, que a individualização das medidas de deportação e expulsão se dará por meio de procedimento administrativo instaurado nos termos dos Artigos 188 e 195, do Regulamento, respectivamente³⁹ (BRASIL, 2017b).

4.3.4 Demais hipóteses: proibição da retirada compulsória “disfarçada”, para fins de confisco de bens, ou para contornar procedimento de extradição

³⁸ O ramo do Direito Humanitário que se destina à proteção das pessoas que, em razão de um conflito armado, estão sob poder das forças adversárias é o chamado “Direito de Genebra”, haja vista que fundado nas Convenções de Genebra de 1949 (KALSHOVEN e ZEGVELD, 2001, p. 59). Nesse sentido, cabe mencionar que todas as disposições das quatro Convenções de Genebra de 1949 se aplicam aos conflitos armados internacionais, quais sejam, aqueles que envolvem mais de um Estado soberano, ao passo que o Artigo comum 3 às Convenções de Genebra se aplica aos conflitos armados não internacionais, ou seja, aqueles conflitos armados conflagrados entre um Estado e um grupo armado organizado (KALSHOVEN e ZEGVELD, 2001, 59 e 80-81).

³⁹ A individualização da medida de repatriação, por seu turno, dá-se nos termos do parágrafo 2º do Artigo 183 do Regulamento, sendo realizada por meio de termo do qual constarão os dados pessoais do repatriado, as razões do impedimento que deu causa à medida de repatriação, e a participação de intérprete, quando necessária (BRASIL, 2017b). Todavia, a repatriação está fora do escopo deste trabalho.

Nos termos do Projeto de Artigo 10, parágrafo 1º, são expressamente vedadas quaisquer formas de retirada compulsória “disfarçada”, ou seja, não é permitido aos Estados empregar meios ou técnicas “disfarçados” que visem, indiretamente, a atingir o mesmo resultado que se poderia obter mediante a adoção de uma medida de retirada compulsória. Dessa feita, as medidas de retirada compulsória disfarçadas representam, em síntese, uma forma de violação dos direitos humanos dos não-nacionais sujeitos a elas, em particular dos direitos processuais no âmbito do procedimento de retirada compulsória (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, pp. 15-16). Quanto à definição do parágrafo 2º do mesmo dispositivo, considera a CDI que a retirada compulsória disfarçada consiste na situação em que um Estado, sem adotar uma decisão formal de retirada compulsória, pratica uma conduta que objetiva produzir e ao fim e ao cabo acaba produzindo o mesmo efeito que teria a decisão formal, nomeadamente a retirada compulsória do não-nacional do território do Estado em questão. Nesse sentido, a retirada compulsória disfarçada só irá ocorrer naquelas situações em que a medida constituir resultado intencional de uma ação ou omissão atribuível a um Estado cometida à margem do Direito nacional e internacional (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 16). Convém notar que os critérios adotados para aferição de responsabilidade do Estado em caso de retirada compulsória disfarçada são os mesmos previstos nos Artigos da CDI sobre Responsabilidade de Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos, adotados em 2001 (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 18).

O Projeto de Artigo 11, por seu turno, prevê a proibição da retirada compulsória de um não-nacional com a finalidade de confiscar os seus bens. Trata-se de hipótese de retirada compulsória intrinsecamente ilícita na perspectiva do Direito Internacional contemporâneo, indo de encontro ao princípio fundamental da Declaração sobre os Direitos Humanos dos Indivíduos que não sejam Nacionais do País no qual Vivem, de 1985, segundo o qual nenhum não-nacional deverá ser arbitrariamente privado de seus bens lícitamente adquiridos (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 18). Ademais, a hipótese de retirada compulsória com a intenção exclusiva de confisco de bens constitui violação ao direito de propriedade consagrado em inúmeros instrumentos internacionais de Direitos Humanos, tal como o Artigo 17, da DUDH (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 18; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948). No plano do Direito doméstico, o direito à propriedade assegurado pelo Artigo 5º, *caput*, e inciso XXII, da CRFB, a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país (BRASIL, 1988). Outrossim, a inviolabilidade do direito à propriedade fora incorporada no Artigo 4º, *caput*, da nova Lei de Migração, que a garante ao

migrante que se encontre no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais brasileiros (BRASIL, 2017a).

Por fim, o Projeto de Artigo 12 determina a proibição da retirada compulsória com o objetivo de contornar um procedimento de extradição em curso. Como a redação do dispositivo indica, a proibição em questão se aplica tão-somente durante o curso do procedimento de extradição, ou seja, desde o momento em que o Estado em cujo território o não-nacional se encontra recebe de outro Estado o pedido de extradição, até o momento em que uma decisão definitiva sobre a extradição é proferida e executada pelas autoridades competentes do primeiro Estado (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 19). Ademais, essa proibição incidirá somente quando o único objetivo da adoção de medida de retirada compulsória consistir na intenção de contornar procedimento de extradição e, assim, evitar as obrigações que lhe couberem no âmbito de um processo de extradição (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 19). No Direito brasileiro, a extradição é definida, na dicção do Artigo 81, *caput*, da nova Lei de Migração, como “*medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e outro Estado pela qual se concede ou solicita a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso*” (BRASIL, 2017a).

Assim como a privação da nacionalidade para fins de retirada compulsória, as hipóteses previstas nos Projetos de Artigos 10, 11 e 12 constituem todas medidas de retirada compulsória que operam, no plano do Direito doméstico brasileiro, à margem da legislação migratória, e não segundo os parâmetros estabelecidos pela nova Lei de Migração. Por essa razão não será aprofundada sua análise, tendo em vista que resta igualmente inviável a elaboração de uma análise comparada entre os textos da nova Lei de Migração e dos Projetos de Artigos.

4.4 PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS NÃO-NACIONAIS SUJEITOS A MEDIDAS DE RETIRADA COMPULSÓRIA

A Parte Terceira dos Projetos de Artigos compreende os Artigos 13 a 25, que tratam de proteção dos direitos dos não-nacionais sujeitos a medidas de retirada compulsória, os quais estão subdivididos em cinco Capítulos. O Capítulo I trata das disposições gerais, a saber, a obrigação de respeitar a dignidade humana e os direitos humanos dos não-nacionais sujeitos à deportação ou expulsão (Artigo 13), a proibição da discriminação (Artigo 14) e o reconhecimento de grupos de pessoas vulneráveis (Artigo 15). O Capítulo II, por seu turno, dispõe sobre a proteção exigida no Estado expulsor, abarcando a obrigação de proteger o direito

à vida do não-nacional sujeito à medida de retirada compulsória (Artigo 16), a proibição da tortura e de tratamento ou punição cruéis, desumanas ou degradantes (Artigo 17), a obrigação de respeitar o direito à vida familiar (Artigo 18), bem como as questões da detenção de não-nacionais para fins de retirada compulsória (Artigo 19) e da proteção da propriedade dos não-nacionais sujeitos a tais medidas (Artigo 20). O Capítulo III, ao disciplinar a proteção em relação ao Estado de destinação do deportando ou expulsando, trata das regras sobre a partida para o Estado de destinação (Artigo 21), sobre o Estado de destinação propriamente dito (Artigo 22), bem como da obrigação de não enviar um não-nacional a um Estado onde sua vida possa ser ameaçada (Artigo 23) ou onde possa sofrer tortura ou tratamento ou punição cruéis, desumanas ou degradantes (Artigo 24). Por fim, o Capítulo IV cuida da proteção dos direitos humanos do deportando e do expulsando no eventual Estado de trânsito durante um processo de retirada compulsória (Artigo 25).

4.4.1 Disposições gerais

Em que pese tal asserção haver se tornado um verdadeiro truísmo, é oportuno frisar, de plano, que para cada direito humano previsto neste conjunto de Projetos de Artigos, assim como em todo o dispositivo de tratado internacional de Direitos Humanos que consagre direitos, há uma obrigação correspondente dos Estados de assegurar que tais direitos sejam respeitados. Com efeito, sob a ótica dos direitos, os tratados de Direitos Humanos celebrados pelos Estados não possuem outra função senão a de criar direitos para indivíduos que se encontrem em seu território, ainda que os últimos não sejam, em regra, considerados sujeitos de Direito Internacional, porquanto não possuem a capacidade de celebrar e se vincular aos tratados internacionais (MÉGRET, 2018, p. 89). Do ponto de vista das obrigações, por outro lado, podem essas ser tanto positivas, implicando para o Estado na obrigação de agir de modo a dar efetividade ao direito em questão, como negativas, ocasião em que o Estado deverá se abster de agir, de modo que o direito humano em questão possa ser fruído livremente pelo seu titular (MÉGRET, 2018, pp. 98-99).

A) A obrigação de respeitar a dignidade da pessoa humana e os Direitos Humanos dos não-nacionais sujeito a medidas de retirada compulsória

O Projeto de Artigo 13, em seu parágrafo 1º, determina que todos os não-nacionais sujeitos a medidas de retirada compulsória deverão, ao longo de todo o processo de retirada

compulsória, ser tratados com humanidade e respeito à dignidade da pessoa humana que lhes é intrínseca, tendo em vista que em determinados casos a medida pode implicar na imposição ao deportando ou expulsando de alguma medida restritiva de direitos ou de custódia (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 19). Com efeito, o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana é invocado nos preâmbulos da DUDH, do PIDCP, bem como no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), como um princípio basilar da “*International Bill of Human Rights*” erigida a sobre os três grandes tratados de Direitos Humanos no plano universal (RODLEY, 2018, p. 165). Isto posto, convém observar que o princípio geral de respeito à dignidade da pessoa humana é especialmente relevante no contexto das medidas de retirada compulsória, haja vista que, não raro, não-nacionais são submetidos a tratamentos humilhantes ao longo do processo de retirada compulsória, restando a sua dignidade humana ofendida, mesmo que não configure necessariamente tratamento cruel, desumano ou degradante (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 19).

O parágrafo 2º, do Projeto de Artigo 13, por seu turno, assevera que todos os não-nacionais sujeitos a medidas de retirada compulsória têm o direito a ter seus Direitos Humanos respeitados, com ênfase para aqueles direitos previstos nos Projetos de Artigos, sem implicar, todavia, qualquer primazia hierárquica dos últimos em relação àqueles previstos nas convenções internacionais e no Direito Internacional geral (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, pp. 19-20). Nesta ordem de ideias, é oportuno ressaltar que, hodiernamente, a própria ONU reconhece a natureza abrangente e holística dos Direitos Humanos, na medida em que percebe os Direitos Humanos como indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados (VAN BOVEN, 2018, p. 135). Conforme ressalta Theo van Boven (2018, p. 135), independentemente da categoria de Direitos Humanos que analisa – individuais ou coletivos; direitos civis, políticos, econômicos, sociais ou culturais – interseções entre esses direitos são, na prática, inevitáveis, assim evidenciando que categorizações e classificações, de fato, correspondem mais a premissas conceituais do que às realidades que pretendem explicar.

No âmbito do Direito nacional, a dignidade da pessoa humana, consagrada no Artigo 1º, inciso III, da CRFB, constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro (BRASIL, 1988). Infere-se a partir desse dispositivo que houve uma preocupação do constituinte “*em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça social*”, ao haver considerado a pessoa humana como o próprio fundamento e o fim do Estado Democrático de Direito (PIOVESAN, 2013, pp. 88-89). Nesta senda, como pontua Flávia Piovesan (2013, p. 89), o valor da dignidade da pessoa humana constitui um “*núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e*

parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional". Por essa razão, ainda que inexista menção expressa a este princípio na nova Lei de Migração, em vista do exposto, trata-se de valor intrínseco à ordem constitucional brasileira e, portanto, inerente a qualquer pessoa natural que se ache em seu território, independentemente da nacionalidade. Nesse sentido, preceitua o Artigo 4º, parágrafo 1º, da nova Lei de Migração que:

Os direitos e as garantias previstos nesta Lei serão exercidos em observância ao disposto na Constituição Federal, independentemente da situação migratória, observado o disposto no § 4º deste artigo, e não excluem outros decorrentes de tratado de que o Brasil seja parte. (Brasil, 2017a).

Ademais, no que se refere ao caráter indivisível e interdependente dos Direitos Humanos, convém notar que este axioma fundamental do discurso internacional sobre os Direitos Humanos (VAN BOVEN, 2018, p. 140), fora, de fato, incorporado à Lei nº 13.445/2017, no que reconhece expressamente, em seu Artigo 3º, inciso I, a “*universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos*” (BRASIL, 2017a).

B) A proibição da discriminação

O Projeto de Artigo 14 define a obrigação dos Estados de respeitar os direitos dos não-nacionais sujeitos a medidas compulsória, sem discriminação de qualquer natureza por motivos como raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, propriedade, nascimento ou outro status, ou qualquer outro fundamento inadmissível sob o Direito Internacional (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 20). Trata-se de uma lista de proibições exemplificativa, portanto não-exaustiva, inspirada no Artigo 2, parágrafo 2º, do PIDCP (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 21).

Acerca da questão da não-discriminação, é interessante notar que os termos “não-discriminação” e “igualdade” têm sido amiúde utilizados de forma intercambiável para descrever, respectivamente, o aspecto negativo e o aspecto positivo do mesmo princípio (MOECKLI, 2018, p. 149). Nesse sentido, ao passo que o ideal de igualdade (formal) apregoa que iguais sejam tratados igualmente, a não-discriminação enfatiza a proibição de discriminação, no sentido de vedar tratamentos diferenciais com base em motivos desarrazoados (MOECKLI, 2018, p. 149). No contexto da retirada compulsória de não-nacionais, a obrigação de não discriminação se aplica precisamente ao exercício do direito (do Estado) de deportar ou expulsar um não-nacional, abarcando, portanto, tanto a decisão de retirar

ou não retirar compulsoriamente a pessoa em questão, como os procedimentos relativos à adoção da referida decisão e sua eventual implementação (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 21).

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da não-discriminação apresenta as duas dimensões – negativa e positiva – descritas acima. A nível constitucional, o princípio da não-discriminação em sentido negativo, ou “dever de não discriminar”, está expresso no Artigo 5º, *caput*, da CRFB, em cuja dicção, todas as pessoas “*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*” (BRASIL, 1988; MARMELSTEIN, 2016, p. 77). Inere-se do dispositivo constitucional destacado, que a não-discriminação nesse sentido, visa a proibir qualquer tratamento diferenciado a um grupo ou categoria de pessoas, causando-lhes prejuízo, sem qualquer fundamento plausível (MARMELSTEIN, 2016, pp. 77-78). Por outro lado, a “discriminação positiva”, ou “dever de igualizar”, está consagrada no Artigo 3º, da CRFB, no que impõe ao Estado brasileiro o dever constitucional de agir para reduzir as desigualdades sociais, de promover o bem-estar social, bem como de combater as causas da pobreza e da marginalização (BRASIL, 1988; MARMELSTEIN, 2016, p. 77), razão pela qual se reconheceu a

“obrigação constitucional de adotar medidas concretas em favor de pessoas que estejam em situação de desvantagem (econômica, social ou cultural) de modo a permitir que elas possam usufruir das vantagens sociais de forma igualitária concorrendo em igualdade de condições com os demais membros da sociedade” (MARMELSTEIN, 2016, p. 77).

Sob esta ótica, fala-se, portanto, em tratar pessoas em situações fáticas desiguais de forma desigual, objetivando conferir-lhes oportunidades iguais. Nesse sentido, a nova Lei de Migração, em seu Artigo 3º, adotou como princípios e diretrizes norteadores o “*repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação*” (inciso II), a “*não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional*” (inciso IV), o reconhecimento da “*igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares*” (inciso IX), bem como reproduziu, *mutatis mutandis*, o *caput* do Artigo 5º da CRFB, em seu Artigo 4º, *caput*, em cuja dicção ao “*migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*” (BRASIL, 2017a).

C) Pessoas vulneráveis

Por fim, o Projeto de Artigo 15, parágrafo 1º, estabelece a obrigação de tratamento e de proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade, como crianças, pessoas idosas, pessoas portadoras de deficiência, ou mulheres grávidas, com a devida atenção às suas respectivas vulnerabilidades e necessidades especiais (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 21). Cumpre asseverar que o rol de pessoas vulneráveis elencado nesse dispositivo é exemplificativo, porquanto a obrigação se estende a quaisquer outras pessoas em situação de vulnerabilidade (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 22). Além disso, o parágrafo 2º do Artigo 15 confere particular atenção aos direitos das crianças, ao determinar que em todas as ações em relação a crianças sujeitas a medidas de retirada compulsória, deverá o Estado em questão priorizar o melhor interesse da criança (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 22). O termo “melhor interesse da criança” corresponde, em linhas gerais, ao bem-estar da criança, o qual é determinado por uma série de circunstâncias particulares, tais como idade, a presença ou ausência dos pais, ou o ambiente no qual a criança vive (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2008).

A nova Lei de Migração somente faz menção expressa, em seu Artigo 3º, inciso XVII, à “*proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante*”⁴⁰ (BRASIL, 2017a), em consonância, portanto, com o disposto no parágrafo 2º, do Projeto de Artigo 15. No que concerne aos demais grupos pessoas em situação de vulnerabilidade considerados pela CDI, ainda que não haja previsão expressa quanto à proteção, entre outros, da pessoa idosa, da pessoa portadora de deficiência, ou da gestante, ao consagrar o Artigo 4º, *caput*, da nova Lei, a inviolabilidade do direito fundamental à igualdade do migrante, em condição de igualdade com os nacionais (BRASIL, 2017a), poder-se-ia argumentar que se aplicam à pessoa migrante, no que couber no âmbito de um procedimento de retirada compulsória, todos os direitos e garantias previstos na CRFB⁴¹ e na legislação

⁴⁰ Nesse sentido, no âmbito da repatriação, determina o Artigo 49, parágrafo 4º, da nova Lei de Migração que “[n]ão será aplicada medida de repatriação [...] ao menor de 18 (dezoito) anos desacompanhado ou separado de sua família, exceto nos casos em que se demonstrar favorável para a garantia de seus direitos ou para a reintegração a sua família de origem, ou a quem necessite de acolhimento humanitário, nem, em qualquer caso, medida de devolução para país ou região que possa apresentar risco à vida, à integridade pessoal ou à liberdade da pessoa” (BRASIL, 2017a).

⁴¹ No que concerne às pessoas portadoras de deficiência, é interessante notar que duas convenções internacionais, a saber, a *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, de 2007 (Decreto nº 6.949/2009), e o *Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso*, de 2013 (Decreto nº 9.522/2018), foram adotadas nos termos do parágrafo 3º, do Artigo 5º, da CRFB, sendo, dessa feita, equivalentes a emendas constitucionais (BRASIL, 1988).

infraconstitucional específica aplicável a cada um desses grupos, tais como o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990).

4.4.2 A proteção exigida no Estado que adota a medida de retirada compulsória

A proteção exigida no Estado que adota a medida de retirada compulsória, disciplinada no Capítulo II, da Parte Terceira, dos Projetos de Artigos, engloba uma série de direitos e garantias os quais, tendo em vista a sua natureza, visam, na minha avaliação, a dar concretude às disposições gerais previstas no Capítulo I, desta mesma Parte, dos Projetos de Artigos.

A) A obrigação de proteger o direito à vida e a proibição da tortura e de tratamento ou pena cruel, desumana ou degradante

O Projeto de Artigo 16 reafirma a obrigação por parte do Estado que emite a ordem de retirada compulsória a proteger o direito à vida do não-nacional sujeito a tal decisão (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 22). O direito à vida constitui um Direito Humano basilar, consagrado no Artigo 3, da DUDH, e considerado inerente a todos os seres humanos, consoante o Artigo 6, parágrafo 1º, do PIDCP (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966). No plano da OEA, o direito à vida está previsto no Artigo 34, parágrafo 1º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), a qual determina que “[t]oda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à vida é direito fundamental inviolável assegurado no Artigo 5º, *caput*, da CRFB, reproduzido no Artigo 4º, *caput*, da nova Lei de Migração (BRASIL, 1988; BRASIL, 2017a). A partir da análise desse direito fundamental, emergem diversas questões de considerável complexidade (MARMELSTEIN, 2016, p. 88), dentre as quais considero relevante no contexto das medidas de retirada compulsória, a questão da pena de morte, que será abordada mais adiante, ao se tratar das obrigações em relação ao Estado de destinação.

O Projeto de Artigo 17, por seu turno, reitera a proibição geral da tortura e de tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, consagrada no plano universal no Artigo 5º, da DUDH, e no Artigo 7º, do PIDCP (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 22). No âmbito da Organização dos Estados Americanos, esta

proibição encontra guarida no Artigo 5º, parágrafo 2º, da CADH, o qual determina que ninguém deverá “*ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano*” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969). Nesse sentido, afirmou categoricamente a CIJ, no julgamento de 2010 do caso *Diallo*, que não resta dúvida de que a proibição do tratamento desumano e degradante figura entre as normas de Direito Internacional geral, as quais são vinculantes aos Estados em quaisquer circunstâncias, mesmo à parte de quaisquer compromissos firmados em tratados (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, para. 87, p. 671).

Ainda a respeito do Artigo 17, é essencial frisar ao menos dois aspectos. Primeiramente, que a proibição da tortura e de tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes prevista neste dispositivo se aplica tão-somente ao caso em que o Estado responsável por deportar ou expulsar comete tais atos, portanto, não abrangendo as situações em que o risco de o não-nacional sujeito a tais medidas sofrer tortura ou receber tratamento ou pena cruel, desumana ou degradante existe no Estado de destinação, que será objeto do Projeto de Artigo 24, do qual trataremos mais adiante (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 23). Em segundo lugar, a questão da extensão da proibição da tortura e dos tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes está fora do escopo deste dispositivo, cabendo, no entendimento da CDI, aos órgãos de monitoramento internacionais e aos judiciários nacionais fazer esta avaliação (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 23).

Na esfera doméstica, ainda que não haja qualquer disposição nesse sentido na nova Lei de Migração, especificamente em relação às medidas de retirada compulsória, a Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 5º, parágrafo III, determina enfaticamente que “*ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante*” (BRASIL, 1988). Outrossim, convém ressaltar que a CRFB fora a primeira a consagrar, no parágrafo XLIII, do seu Artigo 5º, a tortura como crime inafiançável e insuscetível de anistia ou graça, “*por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem*”⁴² (BRASIL, 1988; PIOVESAN, 2013, p. 283). Resta a tortura e demais tratamentos desumanos ou degradantes categoricamente proibidos sob o atual ordenamento constitucional brasileiro.

⁴² Não obstante, é relevante notar que o crime de tortura, que constituiu, a meu sentir, um dos aspectos mais graves e atroz da ditadura civil-militar, somente veio a ser tipificado como tipo penal autônomo e específico em 1997, por meio da aprovação da Lei nº 9.455, de forma que no interim entre a promulgação da Constituição de 1988 e a aprovação da referida Lei, “*a tortura era punida sob forma de lesão corporal ou constrangimento ilegal, em flagrante afronta aos comandos constitucionais e internacionais*” (PIOVESAN, 2013, p. 284).

B) Obrigação de respeitar o direito à vida em família

O Projeto de Artigo 18 impõe ao Estado que deporta ou expulsa a obrigação de respeito ao direito da vida em família dos não-nacionais sujeitos a tais medidas, da qual decorre a proibição de interferir de forma arbitrária ou ilícita em prejuízo ao exercício desse direito (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 23). No plano universal, o ponto de partida do direito à vida em família é o Artigo 17, do PIDCP, *in verbis*:

1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.
2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas. (Brasil, 1992).

No plano do sistema regional das Américas, a CADH, em seu Artigo 11, parágrafo 2º, reproduz a norma supracitada, sob a rubrica de “Proteção da honra e da dignidade” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Com efeito, o direito de vida em família é de particular relevância no contexto da deportação e expulsão de não-nacionais, haja vista que ao ser compelido a deixar o território de um Estado, essa medida pode causar prejuízo à unidade familiar do deportando ou expulsando naquelas hipóteses em que os membros de sua família, por uma série de diferentes razões, não o podem acompanhar (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 23). Cumpre observar, ademais, que a obrigação de respeitar o direito à vida em família do não-nacional sujeito a medida de retirada compulsória não confere ao não-nacional em questão proteção absoluta contra essa medida (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 24).

No cerne da proibição da interferência arbitrária do Estado na esfera privada dos indivíduos está a proteção dos direitos de personalidade que foram consagrados na Constituição Federal de 1988, com o intuito de delimitar uma esfera entorno do indivíduo, dentro da qual não cabe, em regra, a intervenção de terceiros (MARMELSTEIN, 2016, p. 135). Nesse sentido, está insculpido no Artigo 5º, inciso X, da CRFB, o princípio geral da intimidade e da privacidade, o qual determina que são “*invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas*” (BRASIL, 1988; MARMELSTEIN, 2016, p. 140). Desse princípio geral decorrem os princípios, também elencados no Artigo 5º, da Constituição, da inviolabilidade do domicílio (Art. 5º, inciso XI) e das comunicações (inciso XII) (BRASIL, 1988). Neste tocante, ao se levar em consideração que se tratam de inviolabilidades de direitos inerentes a todas as

peessoas – brasileiras ou estrangeiras – que se achem em território nacional, restam constitucionalmente protegidos tais direitos abarcados pelo Projeto de Artigo 18.

No que se refere à vida familiar do migrante, cabe atentar para a norma do Artigo 3º, inciso VIII, da nova Lei de Migração que garante o direito à reunião familiar, cuja principal implicação prática prevista nesse diploma legal consiste na possibilidade de concessão de visto ou autorização de residência para este fim aos familiares do migrante que viva no Brasil, nos termos do Artigo 37, da nova Lei de Migração (BRASIL, 2017a). Dito isso, considerado o aspecto teleológico da garantia ao direito à reunião familiar, percebe-se a sua relevância também no contexto das medidas de retirada compulsória. Nesse sentido, cabe mencionar como exemplo o disposto no Artigo 55, inciso II, o qual determina, em suas alíneas “a” e “b”, que não se procederá à expulsão quando o expulsando “*tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob sua tutela*”, ou quando “*tiver cônjuge ou companheiro residente no Brasil, sem discriminação alguma, reconhecido judicial ou legalmente*”⁴³ (BRASIL, 2017a).

C) A detenção de um não-nacional com a finalidade de retirada compulsória

O Projeto de Artigo 19, que se divide em três parágrafos, cada qual com dois subparágrafos, respectivamente, estabelece as obrigações dos Estados no que se refere à detenção, isto é, a restrição da liberdade de um não-nacional como medida adotada exclusivamente com a finalidade de deportação ou expulsão (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 25). Por conseguinte, restam excluídas do escopo do presente Projeto de Artigo aquelas situações em que a medida de restrição de liberdade de um não-nacional tenha se dado por qualquer outro motivo que não a medida de retirada compulsória, mesmo quando o cometimento de um crime enseja tanto a detenção como a expulsão de quem o comete como medida adicional ou como alternativa à restrição de liberdade (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, pp. 25-26).

Dito isso, o Artigo 19, em seu parágrafo 1º, subparágrafo (a), estabelece o princípio geral de que a detenção à qual poderão ser submetidos não-nacionais sujeitos à deportação ou

⁴³ Note-se que essa matéria já fora controvertida no Supremo Tribunal Federal, ocasião manifestou-se o Ministro Marco Aurélio, em decisão monocrática referente ao Habeas Corpus 148.558/SP, no sentido de suspender liminarmente a expulsão do território brasileiro de um cidadão camaronês que havia cumprido pena por tráfico de drogas e que tinha filha brasileira. Sustentou o Ministro, com base no Art. 55, inciso I, alínea “a”, da nova Lei de Migração, que não pode ser expulso do país o migrante que tenha descendente brasileiro sob sua guarda ou dependência (BRASIL, 2017d, pp. 2-3).

expulsão deverá possuir natureza não-arbitrária e não-punitiva (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 25). O subparágrafo (b), do mesmo dispositivo, prevê uma das consequências desse princípio geral, no que determina que o não-nacional detido com finalidade de ter efetuada sua retirada compulsória deverá, salvo em circunstâncias excepcionais, ser separado das pessoas condenadas criminalmente a penas restritivas de liberdade, isto é, deverá ser separado da população carcerária comum (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, pp. 25-26, MURPHY, 2013, p. 167). Trata-se de garantia assegurada, fulcro no Artigo 10, parágrafo 2, subparágrafo (a), do PIDCP, à pessoa acusada do cometimento de um crime, porém contra a qual não há sentença condenatória transitada em julgado (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 26). Dessa feita, tendo em vista o caráter não-punitivo das medidas de retirada compulsória, a CDI reafirmara o entendimento do Comitê de Direitos Humanos de que, uma vez que a deportação ou repatriação envolva a prisão do não-nacional, poderão ser aplicadas as garantias previstas no PIDCP, em seus Artigos 9 e 10, relativas à privação de liberdade (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 26).

Nesse sentido, a Corte Internacional de Justiça, no julgamento de 2010 do caso *Diallo*, entendeu que o escopo do Artigo 9, parágrafos 1º e 2º, do PIDCP, não está adstrito tão-somente aos procedimentos penais, aplicando-se, em princípio, também as medidas que privem indivíduos de sua liberdade no contexto de procedimentos administrativos, tais como aqueles que se tornem instrumentais na efetivação de uma medida de retirada compulsória de um não-nacional do território de um Estado, independentemente de sua caracterização legal no plano do Direito doméstico (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, p. 668, para. 74).

O parágrafo 2º do Artigo 19, por seu turno, trata da problemática questão da duração da detenção. Em seu subparágrafo (a), estabelece o princípio geral de que a detenção do não-nacional visando a sua retirada compulsória está limitada a um período de tempo razoavelmente necessário para que a medida possa ser executada, não devendo, portanto, ser de duração excessiva (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 26). Consoante a CDI, o objetivo do subparágrafo (a) é o de fornecer às autoridades nacionais administrativas e, se necessário, judiciárias, com um *standard* básico para avaliação a necessidade e a duração da medida restritiva de liberdade contra um não-nacional sujeito a medida de retirada compulsória (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 27). Outrossim, o subparágrafo (b) determina que a extensão da duração da medida restritiva de liberdade somente poderá ser definida por órgão judicial ou outra autoridade competente, ficando sujeita a decisão ao controle

jurisdicional, visando a evitar eventuais abusos por parte das autoridades administrativas nesse sentido (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 27).

Por derradeiro, o subparágrafo (a) do parágrafo 3º do Artigo 19, estipula o dever de revisão periódica da medida restritiva de liberdade aplicada ao não-nacional visando a sua retirada compulsória, com base em critérios específicos estabelecidos em lei, considerando a natureza não-punitiva de tal medida (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 27). O subparágrafo (b), por seu turno, estabelece que o não-nacional detido para fins de deportação ou expulsão deverá ser liberado quando a medida de retirada compulsória não puder ser levada adiante, exceto quando o não-nacional tenha dado causa a uma medida de restrição de liberdade por haver praticado conduta punível criminalmente (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 27).

Trazendo a questão para o contexto brasileiro, cumpre salientar, acerca do caráter não-punitivo dessas medidas que a nova Lei de Migração, em seu Artigo 3º, inciso III, adota como princípio a não criminalização das migrações (BRASIL, 2017a), de modo que uma medida de caráter punitivo no âmbito de um procedimento administrativo previsto neste diploma restaria axiologicamente inconsistente com o referido dispositivo. Nesse sentido, determina o Artigo 123, da Lei nº 13.445/2017, que “[n]inguém será privado de sua liberdade por razões migratórias, exceto nos casos previstos nesta Lei” (BRASIL, 2017a). Todavia, o Decreto Regulamentar ignorou a norma do Artigo 123, ao abrir a possibilidade prisão do deportando ou expulsando, na Seção que trata da efetivação das medidas de retirada compulsória, em seu Artigo 211, *caput*, o qual determina que o “*delegado da Polícia Federal poderá representar perante o juízo federal pela prisão ou por outra medida cautelar*” (BRASIL, 2017b; RAMOS et al., 2017).

Isto posto, em que pese a recente entrada em vigor da nova Lei de Migração, a questão das medidas restritivas de liberdade para fins de deportação e de expulsão, sob o regime da nova Lei, já fora objeto de discussão no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no âmbito do Habeas Corpus nº 0000051-59.2018.4.03.0000/SP e do Recurso em Sentido Estrito nº 0005610-28.2017.4.03.6112/SP (BRASIL, 2018a; BRASIL, 2018b).

Nesse contexto, firmou o TRF da 3ª Região, no Acórdão relativo ao Recurso em Sentido Estrito, o entendimento de que a prisão cautelar para fins de deportação efetuada no caso dos autos constituía medida desproporcional, tendo em vista que “*não mais existe a previsão da prisão de caráter cautelar antecedente à retirada compulsória do estrangeiro em situação*

*irregular*⁴⁴ (BRASIL, 2018b). No Habeas Corpus em que o mesmo Tribunal Regional enfrentou caso de prisão para fins de expulsão, fixou o entendimento de que como a nova Lei de Migração não previra a hipótese de prisão para fins de expulsão, tal modalidade de segregação cautelar fora retirada do ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual restou, no entendimento daquele Tribunal, inexistente fundamento legal hábil a embasar a medida restritiva de liberdade imposta contra o paciente (BRASIL, 2018a).

Outrossim, ao se referir ao Decreto Regulamentar da nova Lei de Migração, o TRF da 3ª Região registrara nos autos do Habeas Corpus, sobre a possibilidade que o Regulamento abre às medidas restritivas de liberdade, que “*a previsão de tal prisão no decreto regulamentador da Lei de Migração representa, nos estreitos limites do mandamus, indevido excesso de poder regulamentar, imiscuindo-se em matéria restrita à lei, que, repito, nada disse a respeito*” (BRASIL, 2018a). Dessa feita, depreende-se que para estabelecer medidas restritivas de liberdade na forma do Art. 123, da nova Lei de Migração, é indispensável previsão em lei em sentido formal, isto é, em lei produzida pelo Poder Legislativo.

Diante do exposto, conclui-se que a legislação brasileira se situa, do ponto de vista dos Direitos Humanos, à frente do parâmetro estabelecido pelos Projetos de Artigos da CDI, haja vista que a ausência de previsão legal de prisão para fins de retirada compulsória no primeiro resulta na impossibilidade de aplicação dos parâmetros normativos estabelecidos pelo último.

D) A proteção do direito à propriedade

O Projeto de Artigo 20, ao tratar da proteção do direito à propriedade do não-nacional sujeito a uma medida de retirada compulsória, prevê duas obrigações ao Estado que adotada a medida: a primeira obrigação diz respeito à adoção de medidas para proteger a propriedade do não-nacional em questão, ao passo que a segunda consiste na obrigação de garantir a livre fruição pelo não-nacional de seus bens, de acordo com a lei, e mesmo que já se ache fora do território do Estado que o deportara ou expulsara (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, pp. 27-28). Nesse sentido, convém lembrar o disposto no Artigo 17, parágrafo 2º, da DUDH, no que determina que ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A nível regional, no âmbito da OEA, o Artigo 21, parágrafos 1º e 2º, do Pacto de San José da Costa Rica, determina que:

⁴⁴ A contrário senso, sob o Estatuto do Estrangeiro havia previsão legal de prisão administrativa para fins de expulsão, fulcro no Artigo 69, do revogado diploma (BRASIL, 1980; BRASIL, 2018a).

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.
2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Ao estabelecer que o não-nacional terá direito de dispor livremente de sua propriedade, de acordo com a lei, a CDI levou em consideração o interesse legítimo que um Estado pode ter em negar ou limitar, dentro dos limites legais, a fruição de determinados bens que tenham sido adquiridos ilegalmente ou como resultado de atividades ilícitas (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 30). Ademais, a possibilidade de o não-nacional dispor livremente sobre sua propriedade mesmo do exterior decorre do fato de que, por vezes, o deportando ou expulsando ainda possui bens no território do Estado que determinara sua retirada compulsória (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 30).

No ordenamento jurídico brasileiro, é assegurado, nos termos do Artigo 5º, *caput*, da CRFB, o direito inviolável à propriedade, aos brasileiros e estrangeiros que se achem no território do país, disposição que é replicada no Artigo 4º, *caput*, da nova Lei de Migração, que confere tal direito inalienável expressamente ao migrante (BRASIL, 1988; BRASIL, 2017a). Com efeito, o direito fundamental à propriedade constitui garantia essencial ao funcionamento do sistema capitalista, tal como concebido pelo pensamento liberal, o qual fora, ainda que não em caráter absoluto, mas relativo e condicionado⁴⁵, acolhido pela Constituição Federal (MARMELSTEIN, 2016, pp. 158-159). Isto posto, pode-se indicar como decorrência do direito fundamental à propriedade específica à deportação, a norma do Art. 50, parágrafo 4º, da Lei de Migração, no que determina que a “*deportação não exclui eventuais direitos adquiridos em relações contratuais ou decorrentes da lei brasileira*” (BRASIL, 2017a).

4.4.3 A proteção em relação ao Estado de destinação e no Estado de trânsito

No que concerne às obrigações relacionadas ao Estado de destinação, ao contrário do que o nome possa sugerir, consistem em obrigações que deverão ser observadas pelo Estado que emite a decisão de retirada compulsória em relação ao Estado de destinação do não-nacional a quem se direciona. As obrigações do Estado de trânsito, por seu turno, versam, de fato, sobre

⁴⁵ Isto é, deverá a propriedade, nos termos do inciso XXIII, Artigo 5º, da CRFB, atender a sua função social (BRASIL, 1988).

os deveres legais dos Estados de trânsito de proteção dos não-nacionais que tenham sido sujeitos a uma medida de retirada compulsória no território de outro Estado e que tenham como destino um terceiro Estado.

A) A proteção em relação ao Estado de destinação

No que concerne à proteção que o Estado expulsor deve oferecer ao não-nacional sujeito a medida de retirada compulsória em relação à sua partida ao Estado de destinação, o Projeto de Artigo 21 regula esta etapa do processo de deportação ou de expulsão (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 30). Em seu parágrafo 1º, determina que o Estado em questão deverá adotar as medidas apropriadas para facilitar a partida voluntária do não-nacional sujeito à expulsão (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 30). Entretanto, ainda que a saída voluntária do território nacional seja uma solução preferível, esse dispositivo não pode, de modo algum, ser interpretado no sentido de autorizar o Estado expulsor a exercer pressão sobre o não-nacional para que este opte pela saída voluntária, em vez de uma saída compulsória (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 31). Caso a saída voluntária seja inviável, estabelece o parágrafo 2º, do mesmo dispositivo, que nas hipóteses em que à implementação da medida de retirada compulsória se dê de forma coercitiva, deverá o Estado expulsor adotar todas as medidas cabíveis para assegurar o transporte seguro do não-nacional ao Estado de destinação⁴⁶ (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 31). Por derradeiro, o parágrafo 3º do Artigo 21 exige que o Estado expulsor dê ao não-nacional sujeito à medida de retirada compulsória um período de tempo razoável para que possa preparar a sua partida, levando-se em consideração todas as circunstâncias fáticas do caso, tais como vínculos sociais ou econômicos, ou a conduta do não-nacional em questão (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 32).

No que concerne à possibilidade de saída voluntária, a nova Lei de Migração, em seu Artigo 50, parágrafo 5º, determina, no âmbito da deportação, que a “*saída voluntária de pessoa notificada para deixar o País equivale ao cumprimento da notificação de deportação para todos os fins*”, bem como prevê, em seu Artigo 60, que a “*existência de processo de expulsão*

⁴⁶ Além de abarcar a proteção dos direitos do não-nacional em questão e o dever de evitar uso excessivo de força pelos agentes que eventualmente o conduzam, compreende também a necessidade de proteger a segurança de terceiros que, por exemplo, se encontrem no avião no qual o deportando ou expulsando será transportado (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 31).

não impede a saída voluntária do expulsando do País”⁴⁷ (BRASIL, 2017a). Neste ponto, resta a legislação brasileira em consonância com o parâmetro estabelecido pela CDI. Já quanto ao tratamento dispensado pelas autoridades nacionais ao não-nacional sujeito a medida de retirada compulsória, não encontrei qualquer disposição específica nesse sentido na nova Lei de Migração, tampouco em seu Regulamento. Desse modo, considerando-se a autoridade competente e o deportando ou expulsando, respectivamente, como Administração Pública e administrado, entendo ser aplicável a obrigação geral do inciso I do Artigo 3º da Lei 9.784/1999, que confere ao administrado o direito de “*ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações*” (BRASIL, 1999). Por fim, quando à exigência de assegurar um período de tempo razoável para que possa preparar a sua partida, não verifiquei a existência de qualquer disposição expressa nesse sentido na nova Lei de Migração, tampouco em seu Regulamento, ou em qualquer outro diploma legal.

O Projeto de Artigo 22, por seu turno, prevê as regras para a determinação do Estado de destinação do não-nacional sujeito a uma medida de retirada compulsória. Em seu parágrafo 1º, determina que o não-nacional deverá ser deportado ou expulso para o seu Estado de nacionalidade – o qual irrefutavelmente possui a obrigação, sob o Direito Internacional, de recebê-lo –, ou para qualquer outro Estado que tenha a obrigação internacional de recebê-lo, ou ainda qualquer outro Estado disposto a recebê-lo a pedido do Estado expulsor, ou do próprio não-nacional, quando cabível (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 32). É interessante observar que o Estado expulsor possui certa margem de apreciação neste assunto, de modo que não se lhe impõe uma ordem de preferência *a priori* sobre qual deverá ser o Estado de destino, devendo o Estado expulsor levar em consideração, na medida do possível, as preferências expressadas pelo não-nacional, bem como o risco de a vida ou a integridade física do não-nacional estar sob ameaça no eventual Estado de destinação (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, pp. 32-33). O parágrafo 2º do Artigo 22, por seu turno, estabelece que quando não for possível identificar o Estado de nacionalidade, ou tampouco qualquer outro Estado internacionalmente obrigado a receber o não-nacional, essa pessoa deverá ser enviada para qualquer Estado onde tenha direito de entrada ou permanência ou, quando aplicável, ao Estado por onde ingressara no território do Estado expulsor (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 33).

⁴⁷ Não obstante, o parágrafo 1º do Art. 205, do Regulamento da nova Lei, assevera que “[a] saída voluntária do expulsando do País não suspenderá o processo de expulsão” (BRASIL, 2017b).

A nova Lei de Migração, em suas disposições gerais sobre as medidas de retirada compulsória, determina, no Artigo 47, que “[a] repatriação, a deportação e a expulsão serão feitas para o país de nacionalidade ou de procedência do migrante ou do visitante, ou para outro que o aceite, em observância aos tratados dos quais o Brasil seja parte” (BRASIL, 2017a). Da leitura desse dispositivo, infere-se que a legislação brasileira abarca tão-somente os Estados de nacionalidade ou que aceitem o não-nacional, não disciplinando especificamente a hipótese de outros Estados que não o de nacionalidade, que detenham a obrigação internacional de recebê-lo. Outrossim, acerca da hipótese do parágrafo 2º do Projeto de Artigo 22, o Artigo 49, *caput*, da Lei de Migração, ao tratar da repatriação, prevê que a devolução da pessoa em situação de impedimento poderá ser efetuada tanto ao país de nacionalidade da pessoa, como ao país de procedência (BRASIL, 2017a). Dessa feita, poder-se-ia argumentar que, por analogia, desde que não haja óbices para o ingresso desse não-nacional ao país de procedência, resta esse uma destinação viável no contexto de uma deportação ou expulsão.

Os Projetos de Artigos 23 e 24 guardam correspondência com os Projetos de Artigo 16 e 17, quanto à matéria de fundo, entretanto, ao passo que os últimos se aplicam a acontecimentos que venham a ocorrer no território do Estado expulsor, os primeiros cuidam de potenciais desdobramentos no território do Estado de destinação do deportando ou expulsando. Dito isso, o Artigo 23 estabelece a obrigação de não determinar a retirada compulsória de um não-nacional para um Estado onde sua vida possa ser ameaçada (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 34). Em seu parágrafo 1º, estabelece a proibição de deportar ou expulsar um não-nacional para um Estado onde sua vida possa ser ameaçada por motivos tais como raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, situação econômica, nascimento ou outro status, ou qualquer outro motivo inadmitido sob o Direito Internacional (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 34). O parágrafo 2º, por seu turno, aplica-se somente àqueles Estados que não aplicam a pena de morte⁴⁸, estabelecendo a obrigação de não determinar a retirada compulsória do não-nacional para um Estado onde esse tenha sido condenado a pena de morte ou corra o risco iminente de ser sentenciado à morte, a menos que obtenha uma garantia prévia do Estado de destinação de que a pena de morte não será imposta, ou caso já tenha sido, de que não será executada (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 34). Por fim, o Projeto de Artigo 24 obriga o Estado expulsor a não deportar ou expulsar um não-nacional para um Estado quando

⁴⁸ Com essa redação, a CDI quis abarcar não apenas aqueles países que não possuem ou que aboliram a pena de morte de seus ordenamentos jurídicos, mas também aqueles que mantêm a pena de morte prevista em seu Direito positivo, mas que não a aplicam, na prática (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 35).

houver motivos consistentes para acreditar que a pessoa poderá ser submetida a tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 35).

Nesse sentido, uma das vedações gerais a todas as formas de retirada compulsória, prevista no Artigo 62, da Lei nº 13.445/2017, é precisamente a que determina que o Estado brasileiro não “*procederá à repatriação, à deportação ou à expulsão de nenhum indivíduo quando subsistirem razões para acreditar que a medida poderá colocar em risco a vida ou a integridade pessoal*” (BRASIL, 2017a). Considerando-se a tortura ou qualquer outro tratamento ou pena cruel, desumano ou degradante como medida que coloca em sério risco a vida e a integridade pessoal de quem os sofre, é possível concluir que o dispositivo legal supracitado coaduna com a norma do Projeto de Artigo 24. Outrossim, no que se refere às vedações do Projeto de Artigo 23, o Artigo 180, do Decreto nº 9.199/2017, que regulamente a nova Lei, vai além ao determinar que

Não se procederá à repatriação, à deportação ou à expulsão de nenhum indivíduo quando subsistirem razões para acreditar que a medida poderá colocar em risco sua vida, sua integridade pessoal ou sua liberdade seja ameaçada por motivo de etnia, religião, nacionalidade, pertinência a grupo social ou opinião política (grifos nossos) (BRASIL, 2017b).

Com efeito, percebe-se que a redação do dispositivo acima colacionado reflete, ainda que não integralmente, a hipótese de incidência do princípio do *non-refoulement* inicialmente consagrado na Convenção sobre o Estatuto de Refugiado de 1951, positivado no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 9.474/1997, que reconheceu como refugiados todas aquelas pessoas que “*devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país*” (BRASIL, 1997). Há que se observar, entretanto, que neste aspecto particular a legislação brasileira está um passo atrás do dispositivo proposto pela CDI, que considerara o rol da Convenção de 1951 deveras limitado, na medida em que os Projetos de Artigos não abarcam somente refugiados, mas também migrantes em geral, que se encontram em inúmeras situações possíveis (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 34). Por essa razão, a CDI optou por adotar no Artigo 23 a lista do Artigo 2, parágrafo 1º, do PIDCP, reproduzida *ipsis litteris* no referido Projeto de Artigo (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 34).

Finalmente, no que concerne à proibição aos países que não apliquem a pena de morte de deportar ou expulsar um não-nacional para um país onde possa ser condenada a tal pena,

ainda que não haja previsão expressa na Lei de Migração, esse diploma nos fornece os recursos necessários para construir um argumento favorável a essa vedação. Em primeiro lugar, nos termos do Artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”, não haverá pena “*de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX*” (BRASIL, 1988), portanto, ainda que haja previsão constitucional, na prática, trata-se de pena que não é aplicada no ordenamento jurídico nacional, estando em consonância com a redação do parágrafo 2º, do Projeto de Artigo 23. Dito isso, os Artigos 53 e 55, inciso I, da nova Lei de Migração, preveem, respectivamente que não se procederá à deportação ou expulsão que configurem extradição inadmitida pela legislação brasileira (BRASIL, 2017a). Nesse sentido, o Artigo 96, em seu inciso III, da nova Lei, determina que o Estado brasileiro, no âmbito do procedimento de extradição, não deverá efetivar “*a entrega do extraditando sem que o Estado requerente assumo o compromisso de: [...] comutar a pena corporal, perpétua ou de morte em pena privativa de liberdade, respeitado o limite máximo de cumprimento de 30 (trinta) anos*” (BRASIL, 2017a). Dessa feita, pode-se concluir que na ausência de tais garantias, a deportação ou a expulsão, na medida em que configurem, por analogia, forma de extradição não admitida no Brasil, não serão efetivadas.

B) A proteção no Estado de trânsito do não-nacional

Encerrando a Parte Terceira dos Projetos de Artigos, o único Artigo que compõe o seu Capítulo IV, a saber, o Projeto de Artigo 25, estabelece a obrigação do Estado de trânsito de proteger os Direitos Humanos dos não-nacionais sujeito a medidas de retirada compulsória, em conformidade com as suas obrigações sob o Direito Internacional (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 38). Considerando que a implementação de uma medida de retirada compulsória não raro implica no trânsito do não-nacional pelo território de um ou mais Estados até chegar ao Estado de destinação, a Comissão entendeu pertinente a inclusão desse dispositivo, salientando, a respeito da redação adotada, o fato de que o Estado de trânsito somente está obrigado em relação às suas próprias obrigações sob as convenções internacionais de que é parte ou sob as normas de Direito Internacional geral (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, pp. 38-39). Dessa feita, resta evidente que não se obriga o Estado de trânsito em relação a quaisquer obrigações que eventualmente vinculem o Estado que emitira a ordem de retirada compulsória.

A única menção que é feita ao Estado de trânsito na nova Lei de Migração, consta do disposto no inciso XV, do seu Artigo 3º, que adota como diretriz da política migratória brasileira a “*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” (grifos nossos) (BRASIL, 2017a). Inere-se, a partir desse dispositivo, a disposição do Estado brasileiro de cooperar com os Estados estrangeiros, sejam de trânsito ou de destino, no âmbito da deportação e da expulsão, razão pela qual, com base no princípio da reciprocidade das relações internacionais⁴⁹, haveria se esperar uma postura coerente do Estado brasileiro, na qualidade de Estado de trânsito. De resto, na qualidade de Estado de trânsito, o Brasil estaria sujeito, *inter alia*, a todas as obrigações de proteção de Direitos Humanos que foram exploradas nessa subseção, as quais se estendem a quaisquer pessoas que se achem em seu território nacional, independentemente da sua nacionalidade.

4.5 DIREITOS PROCESSUAIS NO ÂMBITO DOS PROCEDIMENTOS DE RETIRADA COMPULSÓRIA

As regras processuais, ou procedimentais, aplicáveis aos procedimentos de retirada compulsória se situam na Parte Quarta dos Projetos de Artigos, a qual compreende os Artigos 26, 27 e 28. O Projeto de Artigo 26 prevê um rol de direitos processuais básicos. O Projeto de Artigo 27, por seu turno, prevê o efeito suspensivo do recurso interposto contra uma decisão de retirada compulsória. Já o Projeto de Artigo 28 disciplina os procedimentos internacionais para o recurso individual do não-nacional deportado ou expulso.

4.5.1 Os direitos processuais em espécie

O direito de retirar compulsoriamente um não-nacional de seu território é, de fato, um atributo da soberania dos Estados, como já discutido no início deste trabalho. Tal fato, entretanto, não implica de modo algum na inexistência de *standards* mínimos restringindo o exercício desse direito pelos Estados, restrições essas que são particularmente relevantes na seara do devido processo legal (KIDANE, 2013, pp. 292-293). Não obstante, até a aprovação dos Projetos de Artigos pela CDI, inexistia no plano do Direito Internacional um conjunto

⁴⁹ De acordo com Bruno Simma, a reciprocidade é um fenômeno básico da interação social e, conseqüentemente, um princípio norteador por trás da formação e aplicação do Direito. No âmbito das relações internacionais e, portanto, do Direito Internacional, a reciprocidade pode ser entendida como o status de um relacionamento entre dois ou mais Estados, sob o qual uma certa conduta por uma das partes é de uma maneira ou de outra juridicamente dependente daquela do outro Estado. Tal conduta irá, no mais das vezes, porém não necessariamente, exigir tratamento idêntico ou equivalente entre as partes. Com efeito, a expectativa de reciprocidade possui o condão de facilitar a aceitação pelos Estados de exigências por parte de outros Estados que se encontrem em situações similares, de modo que estarão os primeiros eventualmente interessados em fazer as mesmas exigências em algum momento posterior (SIMMA, 2008).

abrangente e detalhado de regras acerca dos procedimentos de retirada compulsória de não-nacionais, conciliando, ademais, os direitos do expulsando com os direitos soberanos do Estado expulsor (KIDANE, 2013, p. 293). Em vez disso, há uma série de regras dispersas, em ambos os níveis universal e regional, as quais preveem de forma assistemática um conjunto de *standards* mínimos de tratamento a não-nacionais (KIDANE, 2013, p. 293).

Dito isso, os tratados multilaterais de natureza universal mais relevantes nesta seara são o PIDCP, a Convenção Relativa ao Estatuto de Refugiado, a Convenção sobre a Apatridia, a Convenção dos Trabalhadores Migrantes e Convenção contra a Tortura (KIDANE, 2013, p. 297). No plano regional, as fontes relevantes incluem a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, bem como as jurisprudências da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁵⁰ e da Corte Europeia de Direitos Humanos⁵¹ (KIDANE, 2013, pp. 297-298). Juntos, estes instrumentos estabelecem, ainda que de forma fragmentada e assistemática, um conjunto de *standards* mínimos para o tratamento de não-nacionais durante os procedimentos de retirada compulsória, visando a assegurar que as decisões que resultarem destes processos sejam não-arbitrárias e justas (KÄLIN, 2010, parágrafo 9; KIDANE, 2013, p. 298).

Muito embora no plano do Direito Internacional a preocupação em relação a procedimentos judiciais tenha tradicionalmente se centrado em como os julgamentos criminais deveriam ser conduzidos, é importante salientar que o direito a um julgamento justo vai muito além da jurisdição penal, abarcando também o processo civil e alguns procedimentos administrativos (SHAH, 2017, p. 265). Dessa feita, ainda que o ato que resulta na retirada compulsória de um não-nacional do território de um Estado não possa, do ponto de vista legal, ser considerado medida de natureza penal, ou punição *stricto sensu*, mas sim ato administrativo, o *corpus* de Direito Internacional mencionado no parágrafo anterior, bem como a prática estatal indicam que garantias processuais são, sem dúvidas, relevantes no contexto das medidas compulsórias, havendo, portanto, influenciado o trabalho da CDI (KIDANE, 2013, p. 301).

No âmbito dos Projetos de Artigos da CDI, o seu Artigo 26, parágrafo 1º, confere aos não-nacionais sujeitos a medidas de retirada compulsória os seguintes direitos processuais:

- (a) the right to receive notice of the expulsion decision;

⁵⁰ Nesse sentido cf. a *Opinião Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados* (2003), parágrafo 121 (sobre o devido processo legal). Cf. também caso *Vélez Loor v. Panamá*, parágrafo 132 (sobre o direito de representação em procedimentos administrativos) e parágrafo 143 (sobre o direito ao devido processo legal, independentemente do status migratório). Sobre outras garantias, cf. os casos *Nadege Dorzema*, parágrafo 175, e *Pacheco Tineo*, parágrafo 133.

⁵¹ Cf. por exemplo, *Jabari v. Turquia*, 2000-VIII Eur. Ct. H.R. 151, 162.

- (b) the right to challenge the expulsion decision, except where compelling reasons of national security otherwise require;
- (c) the right to be heard by a competent authority;
- (d) the right of access to effective remedies to challenge the expulsion decision;
- (e) the right to be represented before the competent authority; and
- (f) the right to have the free assistance of an interpreter if he or she cannot understand or speak the language used by the competent authority⁵² (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 39).

Antes de analisarmos os direitos processuais elencados no Projeto de Artigo 26, parágrafo 1º, em espécie, é essencial, todavia, comentar sobre alguns aspectos gerais previstos nos demais parágrafos desse dispositivo.

Primeiramente, convém notar que o parágrafo 2º do Projeto de Artigo 26, estabelece que os direitos processuais listados no parágrafo 1º não prejudicam a aplicação de outros direitos e garantias processuais previstos na legislação nacional do país expulsor, tal como o direito a assistência jurídica gratuita, ou ainda por outras obrigações firmadas no âmbito do Direito Internacional, em especial nos tratados internacionais vinculando o Estado expulsor (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 44). Como veremos mais adiante, ao analisar os direitos processuais em espécie, o legislador da nova Lei de Migração previu normas mais favoráveis que aquelas consolidadas no parágrafo 2º, do Projeto de Artigo 26.

Em segundo lugar, cumpre observar que, em que pesem as normas de Direito Internacional positivo que inspiraram a redação do parágrafo 1º do Projeto de Artigo 26 tivessem sua incidência adstrita tão-somente aos não-nacionais em situação migratória regular, a norma proposta pela CDI representa um desenvolvimento progressivo na medida em que determina que os direitos processuais elencados no referido dispositivo deverão ser gozados por quaisquer não-nacionais, seja a sua situação migratória regular, seja ela irregular (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 39). A única exceção a essa regra geral está prevista no parágrafo 4º, do Artigo 26, no que determina que os direitos processuais elencados no parágrafo 1º não prejudicam as legislações nacionais aplicáveis à expulsão de não-nacionais cuja presença irregular em seu território ocorrer por curto período de tempo (o qual, de acordo com uma série de legislações domésticas, não pode exceder a seis meses) (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 45; MURPHY, 2013, p. 167). Este

⁵² “(a) o direito de receber notificação da decisão de expulsão; (b) o direito de recorrer da decisão de expulsão, exceto quando razões imperativas de segurança nacional assim exigirem; (c) o direito de ser ouvido por uma autoridade competente; (d) o direito de acessar os remédios [processuais] efetivos para recorrer da decisão de expulsão; (e) o direito de ser representado perante a autoridade competente; e (f) o direito a receber assistência gratuita de um intérprete se ele ou ela [o/a não-nacional] não consegue compreender ou falar o idioma utilizado pela autoridade competente” (tradução nossa).

dispositivo não implica, entretanto, que os direitos processuais do parágrafo 1º, do Artigo 26, não possam ser aplicados a este grupo específico de não-nacionais, mas que estaria sujeito à discricionariedade do Estado expulsor decidir se aplica ou não o *standard* mínimo previsto nos Projetos de Artigos ou se aplica sua legislação nacional (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 45).

Ainda que constitua relevante debate em outros ordenamentos jurídicos, sobretudo em razão das suas implicações práticas, o Artigo 3º, parágrafo 1º, da Lei nº 13.445/2017, é categórico ao determinar que os direitos e garantias previstos nesta Lei “*serão exercidos em observância ao disposto na Constituição Federal, independentemente da situação migratória*” do migrante ou visitante (BRASIL, 2017a). No que se refere aos direitos processuais assegurados ao não-nacional no curso dos procedimentos de deportação ou de expulsão, infere-se, a partir da leitura do dispositivo citado, que a Lei não fará qualquer distinção para fins de garantia de tais direitos com base na regularidade do status migratório do migrante ou visitante.

Por fim, o parágrafo 3º, do Projeto de Artigo 26, assegura o direito do não-nacional de buscar assistência consular, o que, não obstante, deixa o seu Estado de nacionalidade livre para decidir se irá ou não oferecer assistência consular, conquanto não crie obstáculos para que o expulsando exerça o direito de buscar a assistência consular (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 44). No que concerne ao direito a assistência consular, ainda que não haja dispositivo na nova Lei de Migração que verse sobre essa questão no Capítulo sobre as medidas de retirada compulsória, prevê o Artigo 77, inciso I, do mesmo diploma, que inclui no rol de princípios e diretrizes das políticas públicas para os emigrantes brasileiros, a “*proteção e prestação de assistência consular por meio das representações do Brasil no exterior*” (BRASIL, 2017a). Com base no já referido princípio da reciprocidade que rege as relações internacionais, é razoável concluir que é vedado ao Brasil criar óbices para o acesso de migrantes que se achem em território brasileiro à assistência consular, na medida em que pretende assegurar este direito aos seus nacionais no exterior.

Feitas essas considerações, passamos a analisar nos itens a seguir cada um dos direitos processuais propostos pela CDI, no parágrafo 1º, do Projeto de Artigo 26, relacionando-os aos direitos e garantias previstos no Direito brasileiro, em especial aqueles previstos na Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, considerando – como já referido – a natureza de procedimento administrativo que detêm os procedimentos conducentes à deportação e à expulsão.

A) Direito de receber notificação da decisão de retirada compulsória

Primeiramente, convém notar que o direito subjetivo insculpido no subparágrafo (a), qual seja o direito de ser notificado da decisão de retirada compulsória, é condição *sine qua non* para o que o deportando ou expulsando possa exercitar todos os seus direitos processuais, dessa forma podendo preparar uma defesa adequada contra a medida de retirada compulsória (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 39). Outrossim, o Artigo 14, parágrafo 3º, subparágrafo (a), do PIDCP, ao tratar dos direitos da pessoa acusada de um delito, confere o direito de “*ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada*” (BRASIL, 1992).

Na esfera do Direito doméstico brasileiro, impende salientar, de plano, que o direito de ser notificado no início do processo está vinculado ao aspecto da informação geral, que por seu turno é decorrência do princípio do contraditório e da ampla defesa, cuja observância é assegurada tanto nos procedimentos conducentes à deportação, como naqueles que levam à expulsão, forte nos Artigos 51 e 58, da nova Lei de Migração (BRASIL, 2017a; MEDAUAR, 2016, p. 206). Com efeito, o princípio da ampla defesa e do contraditório, que mesmo antes da vigência da Constituição Federal de 1988, já era amplamente defendido pela doutrina e jurisprudência, fora consagrado no Artigo 5º, inciso LV, da CRFB, o qual determina que “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*” (BRASIL, 1988; DI PIETRO, 2018, pp. 799-800).

Nesse sentido, a Lei 9.784/1999 impôs à Administração Pública o dever de intimação do interessado para que tenha conhecimento dos “*atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse*” (BRASIL, 1999; DI PIETRO, 2018, p. 801). Dito isso, no âmbito das medidas de retirada compulsória, o direito a receber notificação está assegurado, no caso da deportação, forte no Artigo 50, parágrafo 1º, da nova Lei, que determina que a “*deportação será precedida de notificação pessoal ao deportando*” (BRASIL, 2017a), e, no caso da expulsão, no Artigo 197, *caput*, do Regulamento, o qual estabelece que uma vez iniciado “*o processo de expulsão, o expulsando será notificado da sua instauração, além da data e do horário fixados para o seu interrogatório*” (BRASIL, 2017b).

Todavia, no que se refere ao eventual direito de ser o deportando ou expulsando intimado em idioma que compreenda, não há qualquer disposição específica nesse sentido na nova Lei de Migração ou em seu Regulamento. Dessa feita, a única disposição geral prevista na nova Lei que, eventualmente, poderia na prática contornar esta ausência de previsão legal

no ordenamento jurídico interno, é a norma do Artigo 112, da nova Lei, a qual determina que deverão as autoridades brasileiras ser “*tolerantes quanto ao uso do idioma do residente fronteiriço e do imigrante quando eles se dirigirem a órgãos ou repartições públicas para reclamar ou reivindicar os direitos decorrentes desta Lei*” (BRASIL, 2017a).

B) Direitos de contestar decisão de retirada compulsória, de acessar os remédios processuais adequados para este fim e de ser ouvido por uma autoridade competente

Os direitos de contestar (“*challenge*”) e eventualmente recorrer da decisão de retirada compulsória, bem como de acessar os remédios processuais adequados para este fim, previstos nos subparágrafos (b) e (d), respectivamente, estão ambos fundados na norma do Artigo 13 do PIDCP (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 40), *in verbis*:

Um estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado Parte do presente Pacto [...] terá a possibilidade de expor as razões que militem contra sua expulsão e de ter seu caso reexaminado pelas autoridades competentes, ou por uma ou várias pessoas especialmente designadas pelas referidas autoridades, e de fazer-se representar com esse objetivo (grifos nossos) (BRASIL, 1992).

Na esfera doméstica, o direito de contestar está, em linhas gerais, fundado no princípio do contraditório, que é intrínseco ao direito de defesa, e que decorre da bilateralidade do processo, isto é, “*quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe a oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação*” exigindo, portanto, a notificação dos atos processuais à parte interessada, a possibilidade de exame das provas contidas no processo, o direito de assistir a eventual inquirição de testemunhas, bem como o direito de apresentar defesa escrita (DI PIETRO, 2018, p. 800). Destarte, no que concerne às medidas de retirada compulsória, o Decreto Regulamentar da nova Lei de Migração, prevê a possibilidade de apresentação de defesa técnica pelo defensor constituído e, em sua ausência, pela Defensoria Pública da União, contra os atos administrativos que instauram os procedimentos de deportação e de expulsão, forte em seus Artigos 188, § 1º, II, “b” e “c”, e 196, *caput* (BRASIL, 2017b).

Ademais, o direito de interpor recurso contra decisão sobre deportação está previsto no Artigo 51, *caput*, da nova Lei de Migração, regulamentado pelo Artigo 189, do Decreto 9.199/2017, o qual prevê o cabimento de “*recurso com efeito suspensivo da decisão sobre deportação no prazo de dez dias, contado da data da notificação do deportando*” (BRASIL, 2017a; BRASIL, 2017b). No contexto da expulsão, a Lei não fala explicitamente em “recurso”,

todavia está assegurado, nos termos do Artigo 58, parágrafo 2º, da Lei 13.445/2017, o direito a pedir a “*reconsideração da decisão sobre a expulsão no prazo de 10 (dez) dias, a contar da notificação pessoal do expulsando*” (BRASIL, 2017a).

Não obstante, consoante Odete Medauar (2016, p. 205), o direito de interpor recurso administrativo independe de previsão legal expressa, haja vista que encontra respaldo no direito de petição insculpido no Art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”. Salienta ainda, a autora, que o direito de recorrer, no âmbito dos processos administrativos, está também alicerçado na garantia de ampla defesa (MEDAUAR, 2016, p. 205). Decorrente lógica do princípio da ampla defesa, da leitura do supracitado Artigo 5º, inciso LV, da CRFB, infere-se a possibilidade de o interessado acessar todos os remédios processuais à sua disposição para a defesa dos seus direitos no curso de um procedimento de retirada compulsória.

Por fim, direito insculpido no subparágrafo (c), de ser o não-nacional ouvido pessoalmente pela autoridade competente, o qual é, de acordo com a CDI, essencial para o exercício do direito de recorrer da decisão de retirada compulsória, ainda é objeto de controvérsia na prática dos Estados nesta seara (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 40).

Nesse sentido, a nova Lei de Migração e seu Regulamento não são claros a respeito do imperativo de o administrativo que figura como interessado nesta relação processual ser ouvido pessoalmente no procedimento de deportação, em que pesem todos os dispositivos que asseguram, ao que me parece de forma satisfatória, o direito de defesa da pessoa contra quem corre o processo de retirada compulsória, na medida em que, inclusive, assegura a assistência gratuita da DPU. No procedimento de expulsão, todavia, regra geral, o expulsando será necessariamente ouvido pela autoridade competente, porquanto a realização de interrogatório, nos termos do Artigo 197, *caput*, do Regulamento, é ato processual inerente ao procedimento de expulsão (BRASIL, 2017b).

C) Direito de ser representado perante a autoridade competente e direito à assistência gratuita de um intérprete

Subjacentes aos direitos supramencionados estão os direitos de ser representado perante a autoridade competente e de receber assistência gratuita de um intérprete no caso de o não-nacional não compreender ou não falar o idioma utilizado pela autoridade competente, os quais estão previstos nos subparágrafos (e) e (f), respectivamente (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 43).

Consta do parágrafo (6) do Comentário ao Artigo 28, que o direito de ser representado perante uma autoridade competente, insculpido no subparágrafo (e), fora baseado no Artigo 13, do PIDCP (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 43). Entretanto, cumpre assinalar, neste ponto, que não obstante o Projeto de Artigo 26 representar de modo geral um desenvolvimento progressivo no Direito Internacional, na visão da CDI, foram levantadas críticas no meio acadêmico quanto a desenvolvimentos potencialmente regressivos dos Projetos de Artigos em termos de devido processo legal, tendo em vista que o direito a assistência jurídica (“*right to legal aid or appointed counsel*”), que constava dos relatórios do Relator Especial da CDI, fora intencionalmente removido da versão final do Projeto de Artigo 26 (KIDANE, 2017, pp. 85-86). Nesse sentido, como assevera Won Kidane, negar o direito a assistência legal pode, na prática, equivaler em muitos casos à absoluta negação de qualquer possibilidade de revogação da medida de retirada compulsória, pois argumenta que ao se assegurar o direito substantivo, porém negando os meios processuais para invocar esse direito, o primeiro perde inteiramente o sentido (KIDANE, 2017, p. 87).

Todavia, considerando-se a versão final dos Projetos de Artigos, a Comissão observa, no parágrafo (6) do Comentário ao Artigo 26, que, sob a ótica do Direito Internacional, o direito de ser representado perante a autoridade competente previsto em seu parágrafo 1º, subparágrafo (e), não abrange necessariamente o direito de ser representado por um advogado ao longo do procedimento de expulsão, tampouco implica na obrigação do Estado expulsor de custear essa representação, ou seja, de oferecê-la gratuitamente⁵³ (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 43).

No que tange ao direito de representação, a regra geral no processo administrativo brasileiro, consoante o Artigo 3º, inciso IV, da Lei nº 9.784/1999, é de que o administrado tem, perante a Administração, o direito de se fazer assistir, facultativamente, por advogado, ressalvadas as hipóteses em que a representação é obrigatória por determinação legal (BRASIL, 1999). No caso das medidas de retirada compulsória, verifica-se que há a previsão legal do exercício do direito de defesa mediante representação, na nova Lei de Migração. Nesse sentido, prevê o Artigo 51, parágrafo 1º, da nova Lei, que a “*Defensoria Pública da União deverá ser notificada, preferencialmente por meio eletrônico, para prestação de assistência ao*

⁵³ A contrário senso, dispõe o Artigo 14, parágrafo 3º, subparágrafo (d), do PIDCP, sobre as garantias no processo penal: “*Artigo 14 [...] 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...] d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex-offício gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo*” (BRASIL, 1992).

deportando em todos os procedimentos administrativos de deportação” (BRASIL, 2017a). Igualmente, determina o Artigo 58, parágrafo 1º, que a “*Defensoria Pública da União será notificada da instauração de processo de expulsão, se não houver defensor constituído*” (BRASIL, 2017a). Como a redação do último dispositivo citado já indica, em ambos os procedimentos de retirada compulsória é permitido ao interessado constituir advogado, fulcro nos Artigos 188, § 1º, II, “b” e 196, *caput*, do Regulamento (BRASIL, 2017b).

Diante do exposto, é interessante notar que, em comparação à norma do subparágrafo (e), do parágrafo 1º, do Projeto de Artigo 26, a legislação migratória brasileira se mostra mais avançada, do ponto de vista da proteção dos Direitos Humanos, na medida em que assegura aos deportandos e expulsandos a assistência jurídica gratuita da Defensoria Pública da União.

No que concerne ao direito de ser assistido gratuitamente por um intérprete quando necessário, previsto no subparágrafo (f), por seu turno, reflete a redação do Artigo 14, parágrafo 3º, subparágrafo (f), do PIDCP, que assegura a toda pessoa acusada de um delito a assistência gratuita de “*um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento*” (BRASIL, 1992; COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 44). Isto posto, conforme observa a CDI, a assistência de um intérprete, quando o migrante sujeito a medida de retirada compulsória não compreende o idioma utilizado pela autoridade competente, é essencial para o efetivo exercício de todos os seus direitos processuais, situação em que o não-nacional deve informar as autoridades em questão qual (ou quais) idioma (s) é capaz de compreender (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 44). Nesse sentido, oportuno frisar, como o fiz em outro trabalho (BARBOSA et al., 2016, p. 26), que a

barreira criadas pelas diferenças linguísticas e culturais, assim como a percepção distinta que pessoas oriundas de contextos sociais e culturais diferentes eventualmente têm da própria significação e representação de uma ordem normativa institucional, não necessariamente jurídica, porque diluída no espectro social. Tais fatores, somados a muitas trajetórias de vida frequentemente marcadas por violências, incertezas e vulnerabilidade que são enfrentadas mesmo antes de ter início o processo migratório propriamente dito, são uma constante na vida de muitas pessoas em situação de mobilidade humana, nomeadamente as mais pobres.

Isto posto, impende frisar que o direito à assistência de tradutor ou intérprete está previsto no Decreto Regulamentar nº 9.199/2017 para ambos os procedimentos de deportação ou expulsão. No âmbito do procedimento conducente à deportação, nos termos do Artigo 182, parágrafo 3º, inciso I, do Regulamento, incumbe à assistência jurídica do deportando, se entender necessário, providenciar tradutor ou intérprete para assisti-lo (BRASIL, 2017b). De maneira idêntica, no procedimento conducente à expulsão, preceitua o Artigo 195, parágrafo

5º, do Regulamento, que a assistência jurídica do expulsando deverá providenciar, se avaliar necessário, a assistência de intérprete ou tradutor (BRASIL, 2017b).

4.5.2 O efeito suspensivo do recurso contra uma decisão de expulsão

O Projeto de Artigo 27 determina que somente os recursos contra uma decisão de deportação ou expulsão interpostos por não-nacionais que estejam legalmente presentes no território do Estado expulsor serão dotados de efeito suspensivo da expulsão até que o recurso seja julgado (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p.46; MURPHY, 2013, p. 167). Este dispositivo objetiva assegurar a efetividade do recurso, em situação nas quais a execução da decisão de retirada compulsória tornaria o exercício do direito de recorrer impossível, na prática (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 46). Além disso, ainda que a incidência do Projeto de Artigo 27 esteja adstrita somente aos não-nacionais legalmente presentes, ainda assim este dispositivo representa um desenvolvimento progressivo, considerando que a prática dos Estados neste ponto ainda não é suficientemente uniforme, tampouco convergente, a fim de formar a base para uma norma de Direito Internacional geral prevendo o efeito suspensivo de um recurso interposto contra uma decisão administrativa de retirada compulsória quando houver risco de dano sério ou irreversível ao não-nacional em questão (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 46).

Conceito amplamente desenvolvido no Direito Processual Civil, o efeito suspensivo, na lição de Flávio Cheim Jorge (2015, p. 338),

[...] está diretamente relacionado à ineficácia da decisão, qual seja, por vontade do legislador, e em apreço às técnicas de segurança, aquele predeterminedou que, regra geral, as decisões que extinguem o processo não são dotadas de efeito imediato, isto é, proferida uma decisão, ela já nasce amordaçada de seu efeito normal. Sabe-se qual será o efeito, mas o sistema impede que seja realizado. Então, diante disso, o legislador estabelece que o recurso apenas prolonga o estado de ineficácia da decisão.

Acerca da discussão sobre a inadequação do termo “efeito suspensivo”, em que pese o seu uso corrente na prática forense, pontua o mesmo autor que o estado de ineficácia da decisão não é criado pelo recurso, mas advém da própria lei, mesmo antes da interposição do recurso (JORGE, 2015, p. 388). Assim, considerando que a eficácia das sentenças, na seara do processo civil, não ocorre concomitantemente à sua publicação, sustenta o autor que, na verdade, prolonga-se com a interposição do recurso uma situação já existente, a saber, a não produção de efeitos da decisão recorrida (JORGE, 2015, pp. 388-389).

Nesse sentido, considerando a natureza administrativa dos procedimentos conducentes à deportação e à expulsão, convém salientar que no âmbito do processo administrativo, a Lei nº 9.784/1999, em seu Artigo 61, *caput*, determina que “[s]alvo disposição legal em contrário, o recurso [administrativo] não tem efeito suspensivo” (BRASIL, 1999). Todavia, conforme preceitua o parágrafo único, do mesmo dispositivo, em havendo “*justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução [da decisão], a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso*” (BRASIL, 1999; MEDAUAR, 2016, p. 213).

Isto posto, no que concerne aos procedimentos conducentes à deportação, nos termos do Artigo 50, *caput*, da nova Lei de Migração, prevê o Artigo 51, *caput*, do mesmo diploma, que deverão esses observar “*o contraditório e a ampla defesa e a garantia de recurso com efeito suspensivo*” (grifo nosso) (BRASIL, 2017a). Nesse sentido, o Artigo 189, do Decreto Regulamentar nº 9.199/2017, determina o cabimento de “*recurso com efeito suspensivo da decisão sobre deportação no prazo de dez dias, contado da data da notificação do deportando*” (BRASIL, 2017b). Tem-se, portanto, previsão legal expressa que afasta a aplicação da regra geral da Lei nº 9.784/1999, no que determina o Artigo 189, do Regulamento, a não incidência de efeito suspensivo no recurso administrativo.

Já no âmbito dos procedimentos conducentes à expulsão, tal como definida no Artigo 54, *caput*, da nova Lei, o Artigo 58, *caput*, do mesmo diploma (dispositivo análogo ao *caput* do seu Artigo 51), prevê tão-somente a garantia ao contraditório e à ampla defesa (BRASIL, 2017a), permanecendo silente quanto à possibilidade de efeito suspensivo. O que a novel legislação migratória brasileira prevê como meio de impugnação da decisão de expulsão, no parágrafo 2º, do seu Artigo 58, é a possibilidade de efetuar “*pedido de reconsideração da decisão sobre a expulsão no prazo de 10 (dez) dias, a contar da notificação pessoal do expulsando*” (BRASIL, 2017a). Do exposto, vislumbro duas possíveis linhas argumentativas, a partir da exegese da nova Lei de Migração e de seu Regulamento. Na primeira delas, recairia dentro da margem de apreciação discricionária da autoridade competente conferir pedido de reconsideração da decisão – aqui considerado como recurso, *lato sensu* – o dito “efeito suspensivo”, nos termos do Artigo 61, parágrafo único, da Lei nº 9.784/1999. Na segunda, fulcro no parágrafo 6º do Artigo 195 do Decreto Regulamentar da nova Lei de Migração, a expulsão “*somente ocorrerá após o trânsito em julgado da ação que julgar o processo de expulsão*” (BRASIL, 2017b). Considerando-se que, regra geral, o trânsito em julgado do processo somente se opera após vencida a etapa recursal, na prática, restaria a expulsão inexecutável até este momento do processo administrativo.

Por derradeiro, um último aspecto digno de atenção é o de que a nova Lei de Migração, em seu Artigo 3º, parágrafo 1º, não faz qualquer distinção com base na situação migratória – se regular ou irregular – do migrante, no que concerne aos direitos e garantias nela previstos (BRASIL, 2017a). Dessa feita, percebe-se, *a priori*, um desenvolvimento mais progressivo da legislação doméstica brasileira em relação ao Projeto de Artigo 27, no que se refere ao alcance, *ratione personae*, do efeito suspensivo do recurso contra decisão de retirada compulsória, ao menos no caso de deportação, para a qual há previsão legal expressa.

4.5.3 Procedimentos internacionais para recurso individual

O Projeto de Artigo 28 determina que o não-nacional sujeito a uma medida de retirada compulsória terá o direito de acessar quaisquer procedimentos de recurso individual a órgãos internacionais que estiverem à sua disposição (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 47). Os procedimentos de recurso individual aos órgãos internacionais competentes consistem, em geral, naqueles estabelecidos sob os diversos instrumentos de Direitos Humanos nos níveis universal e regional (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 47).

Cabe mencionar, no plano universal de proteção dos Direitos Humanos, o Comitê de Direitos Humanos (“*Human Rights Committee*”), órgão instituído por determinação do Artigo 28, do PIDCP, com a finalidade de monitorar a implementação do referido Pacto (BRASIL, 1992; HENRIKSEN, 2017, p. 185). Nos países que são partes do Protocolo Opcional 1 ao PIDCP, tal como o Brasil (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2018b), existe a possibilidade de indivíduos que aleguem ser vítimas de uma violação do PIDCP recorrerem ao procedimento de queixas individuais (“*individual complaints*”), vez que o seus Estados de nacionalidade, na qualidade de Estados-partes do Protocolo Opcional aceitaram a competência do Comitê para apreciar tais reclamações (HENRIKSEN, 2017, p. 185).

No plano dos sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos, particular atenção é devida ao sistema interamericano de proteção, “*uma vez que é o sistema que se aplica diretamente ao caso brasileiro*” (PIOVESAN, 2013, p. 331). Dito isso, cumpre ressaltar que o já referido Pacto de San José da Costa Rica constitui o instrumento de maior importância dentro do sistema interamericano, o qual “*estabelece um aparato de monitoramento e implementação dos direitos que enuncia*”, formado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2013, pp. 331 e 334).

Dentre as competências da Comissão, destaca-se a de examinar comunicações denunciando violações de Direitos Humanos perpetradas pelos Estados-partes da CADH, as quais podem ser encaminhadas por um indivíduo ou grupo de indivíduos, ou ainda por uma entidade não-governamental (PIOVESAN, 2013, p. 337). Os casos trazidos perante à Comissão somente chegam à Corte quando não há solução amistosa entre as partes e, subsequentemente, o Estado-parte não cumpre com as recomendações feitas pela Comissão dentro do prazo de três meses (PIOVESAN, 2013, p. 340). Outrossim, quanto aos requisitos de admissibilidade perante o sistema interamericano, tem-se o esgotamento prévio dos recursos internos, exceto em caso de justificada demora processual, ou quando a legislação doméstica não provê o devido processo legal – hipótese em que o esgotamento se torna dispensável –, bem como a inexistência de litispendência internacional, isto é, quando a mesma questão está pendente em outra instância internacional (PIOVESAN, 2013, 338-339).

Diante do exposto, ainda que não haja previsão na nova Lei de Migração assegurando o direito de recurso individual junto a organismos internacionais, de uma análise global do ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que esta é uma solução possível, desde que atendidos os requisitos mencionados acima, tendo em vista que o Brasil integra os sistemas de proteção dos Direitos Humanos supracitados. Convém anotar, porém, que não verifiquei a existência de qualquer caso relacionado à questão das medidas de retirada compulsória envolvendo o Brasil, junto aos organismos internacionais de que o Brasil é parte.

4.6 CONSEQUÊNCIAS LEGAIS DAS MEDIDAS DE RETIRADA COMPULSÓRIA

As consequências legais da retirada compulsória estão disciplinadas na Parte Quinta dos Projetos de Artigos, a qual compreende os seus Artigos 29, 30 e 31. O Artigo 29 prevê a possibilidade de readmissão do não-nacional deportado ou expulso que estivesse legalmente presente no território do Estado expulsor, desde que se reconheça que a decisão fora ilegal. O Artigo 30, por seu turno, determina que a medida de retirada compulsória que afronte o disposto nos Projetos de Artigos ou quaisquer outras normas de Direito Internacional enseja a responsabilidade internacional do Estado que a tenha executado. Por fim, o Artigo 31 determina que o Estado de nacionalidade do deportando ou do expulsando poderá exercer proteção diplomática em relação ao não-nacional em questão.

4.6.1 Direito à readmissão

O direito de readmissão consoante a regra do Projeto de Artigo 29 consiste, como o próprio nome sugere, no direito subjetivo do não-nacional que tivera de deixar o território de um Estado, em razão de uma medida de retirada compulsória ilegal, de reingressar no território do Estado expulsor, contanto que as condições para tanto sejam cumpridas (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 47). Este representa, sem dúvida, um desenvolvimento progressivo por si só (KIDANE, 2017, p. 88), ainda que seja um desenvolvimento limitado, pois somente abarca os não-nacionais legalmente presentes no território do Estado expulsor que tenham sido retirados por meio de uma decisão ilegal, isto é, uma decisão que tenha infringido o Direito Internacional, na medida em que tenha a decisão sido emitida em descumprimento ao Direito nacional (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 48).

Outrossim, consoante a CDI, um não-nacional retirado compulsoriamente de maneira ilegal somente poderá ser readmitido quando uma autoridade competente, nacional ou internacional, tenha determinado que esta decisão foi, de fato, ilegal e quando o Estado em questão não puder invocar validamente qualquer uma das razões que sirva de fundamento para recusar a readmissão do não-nacional que se encontre nesta situação. Tais razões se encontram descritas no Artigo 29, parágrafo 1º, e consistem em situações nas quais o retorno do não-nacional constitui uma ameaça à segurança nacional ou à ordem pública do Estado que determinou sua retirada, ou nas quais o não-nacional não mais atende às condições necessárias para sua admissão sob a lei do Estado expulsor (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 47). Dessa feita, fica o direito a readmissão sujeito à derrogação discricionária por parte do Estado em questão desde que invocados tais fundamentos (KIDANE, 2017, p. 87).

No entendimento da Comissão, essas exceções à regra do direito à readmissão são necessárias, na medida em que visam a preservar um equilíbrio entre os direitos do não-nacional cuja retirada compulsória tenha sido determinada de forma irregular e o poder soberano do Estado expulsor de controlar a entrada de estrangeiros em seu território de acordo com sua própria legislação doméstica. A avaliação das condições para readmissão deverá, entretanto, ser realizada de acordo com o princípio da boa-fé, ideia que está refletida no parágrafo 2º do Artigo 29, ao vedar que a decisão de retirada compulsória que venha a ser reconhecida como ilegal sirva de óbice à apreciação de eventual pedido de readmissão (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 48).

No que concerne à possibilidade de readmissão diante de uma decisão de deportação ou de expulsão injusta no ordenamento jurídico brasileiro, a nova Lei de Migração não prevê tal

hipótese e, entre outros motivos, em vista da sua recente entrada em vigor, verifiquei que o Poder Judiciário nacional ainda não fora provocado quanto a esta matéria.

Isto posto, cumpre ressaltar que o único óbice ao reingresso em território nacional decorrente de medida de retirada compulsória previsto na legislação é o impedimento de reingresso subjacente à medida de expulsão, enquanto durarem os seus efeitos. Nos termos do Artigo 54, *caput*, da nova Lei de Migração, a medida de expulsão será “*conjugada com o impedimento de reingresso por prazo determinado*”, cuja duração, bem como eventual suspensão ou revogação da medida e, portanto, do impedimento, serão decididas pela autoridade competente, fulcro no parágrafo 2º, do mesmo dispositivo (BRASIL, 2017a).

Nesse sentido, recordando que o que dá causa a medida de expulsão é a condenação com sentença transitada em julgado relativa à prática de um crime, o parágrafo 4º, do mesmo Artigo 54, estabelece que o “*prazo de vigência da medida de impedimento vinculada aos efeitos da expulsão será proporcional ao prazo total da pena aplicada e nunca será superior ao dobro de seu tempo*” (BRASIL, 2017a). Outrossim, conforme clarificam os parágrafos 1º e 2º do Artigo 204 do Regulamento, o prazo de vigência da medida de impedimento vinculada aos efeitos da expulsão será contado a partir da data de saída do migrante expulso do país, cabendo ao Ministério da Justiça e Segurança Pública registrar e informar à Polícia Federal sobre o decurso do período de impedimento de reingresso no território nacional (BRASIL, 2017b).

Acerca da possibilidade de se efetuar requerimento de suspensão dos efeitos e de revogação da medida de expulsão, dispõe o Artigo 206, *caput*, do Regulamento, o seguinte:

Art. 206. O requerimento de suspensão dos efeitos e de revogação da medida de expulsão e de impedimento de ingresso e permanência no território nacional deverá ter por fundamento a ocorrência de causa de inexpulsabilidade prevista no art. 193, *caput*, inciso II, alíneas “a” a “d”⁵⁴, quando não observada ou não existente no decorrer do processo administrativo (grifo nosso) (BRASIL, 2017b).

Consoante os parágrafos 1º, 2º e 4º do Artigo 206 do Regulamento, o requerimento “poderá ser apresentado em representação diplomática brasileira e será enviado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública para avaliação” e, é fundamental ressaltar, “[o] efeito da medida impeditiva de reingresso não será automaticamente suspenso com a apresentação do

⁵⁴ Art. 193. O Ministério da Justiça e Segurança Pública não procederá à expulsão daqueles a que se refere o art. 192 quando: [...] II - o expulsando: a) tiver filho brasileiro que esteja sob a sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou tiver pessoa brasileira sob a sua tutela; b) tiver cônjuge ou companheiro residente no País, sem discriminação alguma, reconhecido judicial ou legalmente; c) tiver ingressado no País antes de completar os doze anos de idade, desde que resida, desde então, no País; ou d) seja pessoa com mais de setenta anos que resida no País há mais de dez anos, considerados a gravidade e o fundamento da expulsão (BRASIL, 2017b).

requerimento”, cabendo ao Ministério da Justiça e Segurança Pública decidir sobre a suspensão ou revogação da medida de expulsão (BRASIL, 2017b).

Diante do exposto, conclui-se que o requerimento de suspensão dos efeitos e de revogação da medida de expulsão encontra seu fundamento na inobservância pela autoridade competente das causas de proibição da expulsão expressamente previstas em lei, durante o procedimento a ela conducente – trata-se, portanto, de ilegalidade praticada por órgão da Administração Pública. Nesse contexto, é possível relacionar com a solução proposta pela CDI no Projeto de Artigo 29, porquanto a suspensão dos efeitos e a revogação da medida, em razão de uma ilegalidade, resulta na possibilidade de reingresso no território nacional. Ademais, oportuno frisar que, regra geral, desde que satisfeitos os requisitos previstos em lei, é possível a princípio que alguém ingresse no território nacional, mesmo quando a pessoa em questão tenha sido sancionada com medida de retirada compulsória (sendo, no caso da expulsão, essencial a cessação dos seus efeitos).

4.6.2 Responsabilidade internacional do Estado pela retirada compulsória ilegal

No entendimento da CDI, sob a ótica do Direito Internacional o direito de readmissão não prejudica o regime legal que regula a responsabilidade dos Estados pela prática de atos internacionalmente ilícitos, nomeadamente no que se refere à questão da reparação em decorrência de tais atos (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 48). Em essência, a responsabilidade internacional do Estado emerge quando há uma obrigação internacional em vigor, regra geral entre dois Estados determinados, e esta obrigação é violada em razão de um ato ou omissão imputável a um dos Estados e, por fim, este ato ou omissão ilícitos resultam em perdas ou danos para o outro Estado (SHAW, 2017, p. 591).

Isto posto, as regras sobre responsabilidade de Estado são natureza secundária e não primária, seguindo-se a distinção sustentada por Roberto Ago (HENRIKSEN, 2017, p. 127). Consoante esta conceituação, enquanto as regras primárias definem as obrigações específicas que podem ensejar responsabilidade, se violadas, as regras secundárias, por seu turno, determinam as consequências de se violar as regras primárias (HENRIKSEN, 2017, 127-128). Neste contexto, os Artigos da CDI sobre Responsabilidade de Estado não visam a definir o conteúdo da violação que dá ensejo à responsabilidade, mas a prover as condições gerais sob o Direito Internacional para que os Estados possam ser considerações responsáveis por ações ou omissões ilícitas, bem como as consequências legais que dessas derivem (HARRIS e SIVAKUMARAN, 2015, p. 426).

No que se refere às regras primárias sobre a retirada compulsória de não-nacionais, à luz dos Projetos de Artigos, a CDI, invocando a existência de farta jurisprudência sobre reparação em casos de expulsão ilegal de não-nacionais, considerou inequívoco o fato de que a retirada compulsória em violação de norma de Direito Internacional enseja a responsabilidade do Estado expulsor devido à prática de um ato internacionalmente ilícito (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 49).

Isto posto, verifica-se que as regras sobre reparação contidas na Parte Segunda dos Artigos sobre Responsabilidade de Estado da CDI são particularmente relevantes no contexto da retirada compulsória de não-nacionais (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 49). O princípio básico da reparação foi reconhecido pela primeira vez pela Corte Permanente de Justiça Internacional, predecessora da CIJ, no caso *Chorzów Factory*, no qual a Corte entendeu que a “*reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed*”⁵⁵ (CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL, 1928, pp. 47-48). Atualmente, o princípio de Direito Internacional da reparação integral (“*full reparation*”)⁵⁶ por parte dos Estados por eventual lesão que resulte da comissão de um ato internacionalmente ilícito está insculpido no Artigo 31 dos Artigos da CDI sobre Responsabilidade de Estado, o qual define “lesão” (“*injury*”, em inglês), para fins de responsabilidade internacional de Estado, como “*any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State*”⁵⁷ (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2001, p. 91).

O Artigo 34 dos Artigos sobre Responsabilidade de Estado, por seu turno, estabelece as três diferentes formas que a reparação pode assumir, a saber, a restituição (disciplinada no Artigo 35), a compensação (Artigo 36), e a satisfação (Artigo 37), as quais podem todas ser aplicadas tanto individualmente, como em combinação (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2001, p. 95).

Nesta ordem de ideias, a restituição constitui certamente a forma mais óbvia de reparação, tendo em vista que o seu objetivo é, precisamente, o de reestabelecer a situação existente antes da comissão do ato ilícito, isto é, o *status quo ante* (SHAW, 2017, p. 607), desde

⁵⁵ “A reparação deverá, na medida do possível, extinguir todas as consequências do ato ilícito e reestabelecer a situação a qual, provavelmente, teria existido se o ato não houvesse sido cometido” (tradução nossa).

⁵⁶ Esse princípio fora reiterado em uma série de casos da Corte Internacional de Justiça, em particular, nos casos *Gabčikovo-Nagymaros* e *Genocide Convention (Bosnia v. Serbia)* (SHAW, 2017, p. 607).

⁵⁷ “Qualquer dano, quer material, que moral, causado pelo ato internacionalmente ilícito de um Estado” (tradução nossa).

que a restituição em espécie não seja materialmente impossível e não acarrete um ônus excessivo em relação ao benefício obtido (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2001, p. 96). Ocorre que atualmente a restituição como forma de reparação se tornou, de um modo geral, prática cada vez menos comum, em especial devido a complexidades políticas (SHAW, 2017, pp. 607-608). Não obstante, em casos envolvendo a retirada compulsória arbitrária de não-nacionais, a restituição na forma de retorno do não-nacional ao Estado expulsor era, no passado, ocasionalmente escolhida, de modo que a reparação era obtida a partir da revogação da ordem de expulsão, possibilitando o retorno do não-nacional ao país (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 49).

A compensação, por seu turno, é devida quando a reparação não pode ser obtida através da restituição e, ademais, objetiva cobrir quaisquer danos financeiramente avaliáveis (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2001, p. 98). Hodiernamente, compensação financeira constitui o meio mais relevante de reparação e é entendimento sedimentado que qualquer corte ou tribunal com jurisdição sobre um caso poderá condenar uma das partes a compensar a outra que tenha sofrido algum dano (HENRIKSEN, 2017, p. 144). Ademais, no que concerne à retirada compulsória ilegal de não-nacionais, a compensação é um meio de reparação amplamente reconhecido, prestando-se a reparar danos materiais e morais sofridos pelo não-nacional sujeito a tal medida (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, pp. 49-50). Consubstanciando a posição da CDI neste ponto, tem-se como principal fonte de inspiração decisões de tribunais arbitrais de princípios do século passado⁵⁸, bem como as mais recentes jurisprudências dos órgãos judiciais de Direitos Humanos regionais, nomeadamente a Corte Interamericana de Direitos Humanos⁵⁹ e a Corte Europeia de Direitos Humanos (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, pp. 49-50).

Quando a reparação pelo dano causado não pode, entretanto, ser obtida por meio de restituição ou de compensação, um Estado responsabilizado pela prática de um ato internacionalmente ilícito é obrigado, nos termos do Artigo 37 dos Artigos sobre Responsabilidade de Estado, a prestar satisfação por tal lesão (“*injury*”) (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2001, p. 105). Na prática, a satisfação poderá consistir em um

⁵⁸ Cf., por exemplo, os casos *Paquet* (Mixed Claims Commission Belgium-Venezuela, 1903, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IX, pp. 323–325) e *Oliva* (Mixed Claims Commission Italy-Venezuela, 1903, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, pp. 600–609) (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 49).

⁵⁹ Cf., *inter alia*, os julgamentos dos seguintes casos: *Loayza Tamayov. Peru*, Julgamento de 27 de novembro 1998 (Reparação e custas), Série C, nº 42, parágrafos 144–154; *Cantoral Benavides*, Julgamento de 3 de dezembro de 2001 (Reparação e custas) Série C, nº 88, parágrafos 60 e 80; *Gutiérrez Soler v. Colombia*, Julgamento de 12 de setembro de 2005 (Reparação e custas), Série C, nº 132, parágrafos 87-89 (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 50).

reconhecimento da violação, uma manifestação de arrependimento, um pedido de desculpas formal ou outra ação apropriada (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2001, p. 105), tal como assegurar ou garantir a não-repetição do ato (SHAW, 2017, p. 611). No caso da retirada compulsória de não-nacionais, a satisfação tende a ser aplicada como uma forma de reparação, especialmente naquelas situações em que a decisão de retirada compulsória ainda não foi, efetivamente, executada, por exemplo, enquanto a autoridade judicial competente ainda não julgou a ilegalidade da decisão de expulsão (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, pp. 51-52).

Entretanto, permanece em aberto nos Projetos de Artigos a questão sobre qual seria a autoridade competente para reconhecer a responsabilidade internacional do Estado, bem como exigir a reparação pelo dano causado. Dito isso, trazendo a discussão para o contexto do ordenamento jurídico brasileiro, ao atentarmos para os efeitos da responsabilidade internacional do Estado, em particular na esfera da reparação, é possível – ainda que se trate de modalidade completamente distinta de responsabilidade estatal – traçar um paralelo com o conceito de responsabilidade civil do Estado, cujo fundamento normativo está expresso no Art. 37, § 6º, da CRFB, no que determina que “[a]s pessoas jurídicas de direito público [...] responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (BRASIL, 1988).

Conforme observa Daniel Wunder Hachem, da leitura do texto constitucional se depreende que não é feita qualquer distinção entre comportamentos comissivos e omissivos, estabelecendo, portanto, “um regime uniforme de responsabilização, seja para excessos, seja para inoperâncias da Administração” (HACHEM, 2014, pp. 16-17). Outrossim, convém destacar que a Constituição Federal de 1988 adotara um regime de responsabilidade objetiva entre a vítima do dano (administrado) e a entidade pública (Administração), uma vez que não é exigida a comprovação de dolo ou culpa do Estado para que se configure a responsabilidade, o qual coexiste paralelamente ao sistema de responsabilidade subjetiva entre o Estado e seus agentes, que responderão pela via regressiva perante o Estado, desde comprovado dolo ou culpa da sua conduta (HACHEM, 2014, pp. 2 e 17).

Nesta ordem de ideias, um comportamento ineficiente comissivo ou omissivo por parte da Administração Pública “restará configurado quando o Estado (ou quem lhe faça as vezes) deixar de atender a algum dos desdobramentos do princípio da eficiência administrativa”⁶⁰

⁶⁰ Sobre o caráter normativo do princípio constitucional da eficiência Administrativa, escreve Daniel Hachem que impõe este “ao Estado a obrigação de realizar fielmente o interesse público plasmado no Direito positivo, mormente no que tange à efetivação dos direitos fundamentais. A materialização de tais direitos através da

insculpido no *caput* do Artigo 37, da CRFB (HACHEM, 2014, p. 18). Na seara dos direitos sociais, o comportamento ineficiente restará configurado quando a Administração violar o direito fundamental à tutela administrativa efetiva, do qual decorre, *inter alia*, o direito ao devido processo administrativo (HACHEM, 2014, p. 18), o qual é de suma relevância na discussão sobre os procedimentos conducentes às medidas de retirada compulsória. De resto, cumpre ressaltar que, para além da existência de um comportamento ineficiente por parte da Administração, para que surja a obrigação de indenizar o administrado, faz-se necessária a satisfação de outros dois requisitos, a saber, a ocorrência de um dano concreto, individual ou coletivo, de natureza material ou moral, e a comprovação donexo causal entre o comportamento do Estado e o prejuízo sofrido pelo administrado (HACHEM, 2014, pp. 18-21).

Feitas essas considerações acerca da responsabilidade de Estado do ponto de vista do Direito Administrativo brasileiro – assunto que suscita ainda muitas divergências doutrinárias e jurisprudenciais (HACHEM, 2014, p. 1) –, impende registrar que tanto a responsabilidade civil do Estado como a responsabilidade internacional do Estado em decorrência de medidas de retirada compulsória são matérias que fogem ao escopo da nova Lei de Migração, de modo que não há como elaborar uma análise comparativa entre a Lei e os Projetos de Artigos. Por fim, é essencial consignar que não encontrei, ao longo desta pesquisa, casos judiciais tratando sobre reparação em decorrência de dano sofrido no contexto de uma medida de retirada compulsória injusta envolvendo o Brasil.

4.6.3 Proteção diplomática

Consoante o Projeto de Artigo 31, a emissão de medida de retirada compulsória não obsta ao exercício da proteção diplomática por parte do Estado de nacionalidade do não-nacional sujeito à retirada compulsória. Para estas hipóteses, há um regime jurídico próprio bem estabelecido, o qual está fora do escopo dos Projetos de Artigos da CDI (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, pp. 52-53). Consoante a CDI, tais regras foram, em essência, refletidas nos Artigos sobre Proteção Diplomática, adotados pela Comissão em 2006 (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 53). No que concerne às condições

atividade administrativa retrata exigência não apenas do princípio da eficiência (artigo 37, caput, CF), como também da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, prevista no artigo 5º, § 1º da CF. Esse dispositivo, combinado com o princípio da eficiência, tem por escopo obrigar a Administração Pública a promover com a máxima presteza os serviços necessários à satisfação das necessidades mais essenciais do cidadão, imprescindíveis para a concretização do princípio fundamento da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana” (HACHEM, 2014, p. 24).

essenciais para a o exercício da proteção diplomática no contexto da expulsão de não-nacionais, a Corte Internacional de Justiça, no julgamento de 2007 sobre as objeções preliminares (“*preliminary objections*”) no caso *Diallo*, identificara duas condições, a saber o liame de nacionalidade entre o não-nacional e o seu Estado de nacionalidade, bem como o esgotamento dos recursos internos (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014, p. 53).

Neste diapasão, por se tratar de questão de Direito Diplomático é, portanto, estranha ao Direito das migrações e, destarte, não encontra correspondência na nova Lei de Migração. Por essa razão, em que pese se tratar de tema interessante e controverso, sua análise permanecerá fora do escopo do presente trabalho.

5 CONCLUSÃO

Encaminhando-nos para as considerações finais, cumpre reiterar, de plano, a pergunta central que conduziu a investigação deste trabalho: afinal, do ponto de vista do Direito Internacional dos Direitos Humanos, onde se situa a disciplina das medidas de retirada compulsória na nova Lei de Migração em relação ao marco normativo internacional dos Projetos de Artigos sobre Expulsão de Alienígenas aprovados pela CDI? Dito de outra forma, estavam, afinal, o legislador brasileiro e a Comissão de Direito Internacional na mesma página?

Primeiramente, convém asseverar que em nosso entendimento, os Projetos de Artigos da CDI constituem o estado da arte, por assim dizer, desta matéria no plano do Direito Internacional, tendo em vista os processos de elaboração dos artigos e de interlocução com os Estados, fizeram deste, ao menos em princípio, um projeto de instrumento normativo internacional politicamente viável, qualquer que seja a forma na qual eventualmente venha a ser adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Como se verificou, os Projetos de Artigos constituem uma tentativa da CDI de – no pleno exercício do mandato estabelecido em seu estatuto – sistematizar as normas internacionais concernentes aos procedimentos de retirada compulsória de não-nacionais, codificando as normas existentes, de um lado, e propondo algumas inovações quando cabível, de outro.

Em segundo lugar, no plano do Direito brasileiro, verificou-se com a promulgação da nova Lei de Migração uma quebra do paradigma da política e legislação migratória nacional, marcada pela superação da doutrina de segurança nacional incorporada pelo Estatuto do Estrangeiro de 1980, em favor do paradigma de proteção dos Direitos Humanos das pessoas em situação de mobilidade humana internacional. Tal asserção resta, de fato, corroborada pelos dispositivos legais citados ao longo do trabalho, os quais se ocupam de tratar sobre os direitos dos indivíduos e os deveres do Estado em relação aos primeiros, adotando terminologia adequada – ao utilizar, por exemplo, os termos “migrante” e “visitante” no lugar do termo “estrangeiro” –, sem fazer, ademais, quaisquer considerações a respeito dos interesses e da segurança nacionais no contexto das medidas de retirada compulsória.

Entretanto, tendo em vista o alcance que possui uma legislação migratória nacional e aquele de um projeto de instrumento legal internacional, resta evidente que estes dois instrumentos possuem natureza jurídica distinta, voltando-se o último a estabelecer parâmetros mínimos para a regulamentação e aplicação do primeiro na esfera doméstica. É por esta razão que, tendo em vista que a elaboração cada qual destes dois documentos passara, por assim dizer, por trajetórias marcadamente distintas, é válido indagar se, afinal, há ou não uma equivalência

entre um e outro em termos de o que significa, substantivamente, ser um instrumento legal voltado à proteção dos Direitos Humanos dos não-nacionais.

Outrossim, convém notar que seria equivocado considerar a nova Lei de Migração, no que disciplina as medidas de retirada compulsória, e os Projetos de Artigos da CDI como um todo como dois blocos normativos monolíticos, indivisíveis, para fins de uma análise comparativa e, em última análise, para verificar a compatibilidade entre os dois instrumentos. Dessa feita, a decantação, por assim dizer, na terceira parte deste trabalho, em tópicos estruturados a partir da divisão interna dos Projetos de Artigos, mostrou-se satisfatoriamente adequada ao objetivo da presente investigação.

Dito isso, no que se refere ao requisito de conformidade com a lei, verificou-se que a nova Lei de Migração prevê as medidas de deportação e de expulsão como as duas hipóteses legais que coadunam com a definição de expulsão em sentido largo formulada pela CDI. Além disso, quanto ao dever de fundamentação da decisão de retirada compulsória, constatou-se que a legislação migratória brasileira determina à autoridade competente a obrigação de fundamentar os atos conducentes às medidas de deportação e de expulsão. Depreende-se, portanto, que nestes dois pontos a legislação nacional aplicável está em consonância com os parâmetros definidos nos Projetos de Artigos da CDI.

No que concerne às hipóteses de vedação da retirada compulsória previstas nos Projetos de Artigos, fazendo-se uma leitura sistemática do regramento constitucional e infraconstitucional atinente à matéria, que engloba, em particular, a nova Lei de Migração, a Lei de Refúgio e a Constituição Federal de 1988, verificou-se que existem, de um lado, hipóteses expressas, tais como a proibição da retirada compulsória de refugiados e apátridas com base no princípio do *non-refoulement*, e a proibição de deportação ou expulsão coletiva de não-nacionais, assim entendidas como aquelas operadas sem a individualização do caso concreto. De outra banda, os Projetos de Artigos previram outras hipóteses que, em que pese a ausência de dispositivo correspondente na legislação migratória brasileira, podem ser solucionadas, argumentou-se, pela via interpretativa da Constituição Federal, na medida em que configuram situações caracterizadas por violações flagrantes a direitos fundamentais. Pode-se dizer, portanto, que neste ponto, a proteção conferida aos não-nacionais sujeitos a medidas de retirada compulsória assegurada pelo Direito brasileiro está, ao menos em princípio, em total consonância com as normas dos Projetos de Artigos.

Quanto ao dever geral de proteção por parte dos Estados dos direitos dos não-nacionais sujeitos a medidas de retirada compulsória, constatou-se, primeiramente, que a proteção à dignidade humana e a proibição da discriminação estão no âmago da proteção constitucional

dos direitos fundamentais sob a Constituição Cidadã de 1988, ao passo em que a atenção a grupos particularmente vulneráveis, tais como crianças, idosos e pessoas portadoras de deficiência, é regulamentada pelo ordenamento infraconstitucional.

Ademais, no que se refere à obrigação de proteger o direito à vida e a proibição da tortura e de tratamento ou pena cruel, desumana ou degradante, da obrigação de respeitar o direito à vida em família, e a proteção do direito à propriedade, as quais devem ser asseguradas aos não-nacionais sujeitos à deportação ou expulsão no território do Estado que emite a ordem, encontram todas estas garantidas no ordenamento jurídico brasileiro, portanto, em conformidade com os parâmetros dos Projetos de Artigos. Impende ressaltar, todavia, que no que concerne à possibilidade de detenção para fins de retirada compulsória, prevista nos Projetos de Artigos, trata-se de hipótese vedada pela nova Lei de Migração, ainda que o seu Regulamento tenha aberto margem a interpretações que admitiriam a segregação prisional para este fim no âmbito do procedimento de expulsão. Não obstante, conforme argumentamos, trata-se de abuso do poder regulamentar, na medida em que contraria o texto da própria Lei que regulamenta. Dessa feita, constatou-se, neste ponto, que sob a ótica dos Direitos Humanos a nova legislação migratória brasileira pode ser considerada mais favorável em relação aos Projetos de Artigos neste ponto, na medida em que veda essa possibilidade.

No âmbito proteção que deve ser assegurada pelo Estado que emite a decisão de retirada compulsória em relação ao Estado de destinação do não-nacional, constatou-se, no que tange às obrigações prévias ao deslocamento, que a legislação migratória brasileira, tal como nos Artigos da CDI, assegura o direito à saída voluntária do não-nacional, porém ao não disciplinar a questão do tratamento do não-nacional no momento do seu deslocamento para o Estado de destinação, deixou-nos tão-somente com a obrigação geral de tratamento adequado dos administrados, prevista na Lei que regula o processo administrativo, aplicável pelo tempo em que o não-nacional estiver sob jurisdição brasileira. Quanto à obrigação prevista nos Projetos de Artigos de assegurar tempo razoável para o não-nacional preparar sua partida, a legislação nacional permaneceu silente, de sorte que o recurso hermenêutico que restou à disposição fora o princípio da proporcionalidade, amplamente tratado na doutrina e jurisprudência nacionais.

Ainda nesta seara, no que tange às regras para a determinação do Estado de destinação do não-nacional, o disposto na nova Lei de Migração está em harmonia com os Projetos de Artigos, ainda que não preveja a Lei brasileira expressamente a hipótese de entrega do não-nacional a país que tenha a obrigação internacional de recebê-lo, posto que não cria (e nem faria sentido criar) qualquer óbice nesse sentido. Ademais, quanto à proibição do envio dos não-nacionais para o território de um Estado onde sua vida e integridade estejam ameaçadas, por

conta de fundados temores de perseguição, por haver risco de aplicação de tortura, ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, ou ainda por haver o risco de condenação à pena de morte, constatou-se que com base no princípio do *non-refoulement*, reproduzido na nova Lei de Migração, as duas primeiras situações restam inadmitidas no Direito nacional, ao passo que a proibição da retirada compulsória para o território de país que aplique a pena de morte resta vedado por configurar hipótese inadmitida de extradição, nos termos da nova Lei de Migração. Cabe notar, porém, a respeito da regra de não-devolução, que se verificou a existência de inconsistências quanto ao escopo da norma da legislação nacional e daquela dos Projetos de Artigos quanto às causas que ensejam a perseguição, sendo o rol elencado na nova Lei de Migração – o qual reflete o rol da Convenção sobre Refugiados de 1951 – mais limitado que aquele adotado pela CDI, o qual fora, por seu turno, inspirado no PIDCP.

Por derradeiro, quanto à proteção no Estado de trânsito, por seu turno, os Projetos de Artigos apenas reforçar a obrigação geral de proteção dos Direitos Humanos por parte dos Estados, a qual resta em consonância com o ordenamento constitucional brasileiro.

Na seara dos direitos processuais aplicáveis aos procedimentos de retirada compulsória, verificou-se a correspondência entre os direitos e garantias insculpidos no Projeto de Artigo 26 e aqueles assegurados pela nova Lei de Migração e pela Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Outrossim, há que se enfatizar a previsão na nova Lei de Migração e em seu Regulamento do direito à assistência gratuita da Defensoria Pública da União (DPU), quando o deportando ou expulsando não possuir condições de constituir defesa técnica no âmbito de tais procedimentos administrativos. Trata-se de um aspecto bastante progressivo do Direito brasileiro, na medida em que assegura o direito à assistência jurídica gratuita, o qual fora objeto de discussão durante a elaboração dos Projetos de Artigos, mas que ao fim e ao cabo, acabara sendo retirado do texto final, constituindo, portanto, uma norma mais favorável em relação aos Projetos de Artigos.

Ainda na seara dos direitos processuais, há que se chamar a atenção também para um aspecto dotado de grande relevância, a saber, a distinção entre os não-nacionais cuja situação migratória é regular e aqueles que estão em situação irregular perante as autoridades nacionais. Trata-se de hipótese admitida pelos Projetos de Artigos, a qual afeta diferentes aspectos no campo das medidas de retirada compulsória como, por exemplo, no tocante ao direito a interposição de recurso com efeito suspensivo contra decisão de retirada compulsória, o qual o Projeto de Artigo 27 assegura tão-somente aos não-nacionais em situação regular. No ordenamento jurídico brasileiro, a contrário senso, trata-se de distinção não permitida segundo a nova Lei de Migração, e tanto o é que se verificou que o direito a interpor recurso com efeito

suspensivo é expressamente garantido no âmbito do procedimento de deportação, cujo fato que lhe dá causa consiste na própria situação migratória irregular do deportando.

Feitas essas considerações, é fundamental pontuar que a investigação conduzida neste trabalho enfatizou sobremaneira a análise do aspecto formal dos procedimentos de retirada compulsória, ou seja, dos textos legais dos Projetos de Artigos e da nova Lei de Migração e seu Regulamento, bem como do texto constitucional e da legislação ordinária pertinente. Dessa feita, no que se refere ao modo como essas normas serão efetivamente interpretadas e aplicadas pelas autoridades competentes, na esfera administrativa, ainda que seja questão bastante relevante interessante, não obstante, permanecerá aqui sem resposta, porquanto foge ao escopo deste trabalho a avaliação desses dados empíricos.

Dito isso, convém notar que há uma série de situações fáticas juridicamente relevantes que foram consideradas pela CDI na elaboração dos Projetos de Artigos, as quais, todavia, ainda não foram objeto de discussão perante o Poder Judiciário sob o regime jurídico da nova Lei de Migração, tendo em vista a sua recente entrada em vigor. Esta é uma ponderação particularmente relevante no contexto das consequências legais das medidas de retirada compulsória, tais como as questões da readmissão de não-nacionais deportados ou expulsos injustamente e da responsabilidade internacional dos Estados pela emissão de uma decisão de retirada compulsória ilegal, da qual decorre o direito do não-nacional a demandar reparação pelo dano eventualmente sofrido. Tratam-se de situações fáticas, cuja probabilidade de serem judicializadas é, de fato, muito pequena, sobretudo em razão de consideráveis obstáculos materiais para a persecução desses direitos, como por exemplo os custos para uma pessoa que fora expulsa ingressar com uma ação judicial em outro país.

Em última análise, pode-se constatar que o regramento da nova Lei de Migração concernente às medidas de retirada compulsória está, de modo geral em consonância com as normas dos Projetos de Artigos da CDI, na medida em são ambos instrumentos que tiveram como fonte de inspiração o arcabouço normativo do sistema de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nesse sentido, é correto também afirmar que está a nova Lei de Migração em consonância com os Projetos de Artigos naquilo em que prevê regras mais protetivas e progressivas, haja vista que o regramento dos Projetos de Artigos não deve obstar à aplicação de regras mais favoráveis na esfera doméstica. Eventuais inconsistências entre a legislação migratória brasileira e os Projetos de Artigos, resultantes na omissão do primeiro em relação a aspectos abordados pelo último, devem-se, na minha avaliação, ao fato de que o legislador nacional, por uma miríade de razões, tais como peculiaridades dos fluxos migratórios nos níveis nacional e regional, ou a própria maneira como o ordenamento jurídico está organizado,

entendeu não ser pertinente a inclusão desses tópicos no texto da nova Lei de Migração. Não obstante, verificou-se que em certos casos tais omissões são juridicamente sanáveis com base na Constituição Federal e na legislação ordinária aplicável ao caso concreto.

Entretanto, é fundamental ressaltar que ainda que a nova Lei de Migração tenha entrado em vigor há apenas aproximadamente um ano, o seu caráter de primazia pela promoção e proteção dos Direitos Humanos está já sob ameaça, em razão do Projeto de Lei do Senado nº 408, de 2018, de autoria do Senador Romero Jucá, no qual são propostas alterações na redação de dispositivos da nova Lei de Migração e da Lei de Refúgio, duas das quais introduzem modificações que afetam diretamente a matéria das medidas de retirada compulsória.

Primeiramente, o Artigo 5º do PL sugere a adoção de nova redação para o inciso II do parágrafo 1º do Artigo 54 da nova Lei de Migração. Trata-se de dispositivo que estabelece, na redação atual, como causa ensejadora da expulsão, a prática de *“crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, consideradas a gravidade e as possibilidades de ressocialização em território nacional”* (BRASIL, 2017a), a qual, com a proposta de alteração, passaria a considerar como fato causador *“crime praticado em território nacional”* (BRASIL, 2018c). Nesse contexto, a primeira pergunta que o jurista deve se fazer é o que se pretende com a adoção de uma redação mais geral e aberta do que a original, sobretudo no sensível campo política criminal, quando esta se encontra com a política migratória. Com efeito, ao ampliar o escopo da norma supracitada, por meio da adoção da definição aberta *“crimes praticados em território nacional”*, poder-se-ia argumentar que o dispositivo referido passa a abranger também crimes de menor potencial ofensivo, bem como crimes culposos, deixando de considerar, ademais, os aspectos da gravidade e das possibilidades de ressocialização em território nacional. Isto com base no pífio argumento de que *“[n]ão mais admitiremos que os estrangeiros que para cá se dirijam vivam sob o nosso teto, mas não respeitem as nossas leis. As leis são para todos, independentemente da origem ou nacionalidade da pessoa”* (BRASIL, 2018c), como se isso fosse justificativa o suficiente para suprimir garantias fundamentais no âmbito do processo penal e da política criminal neste aspecto, o qual, como já dito acima, está também relacionado ao campo da política migratória.

Em segundo lugar, o Art. 1º do PL propõe a modificação da redação do Artigo 36, da Lei nº 9.474/1997, nos seguintes termos: *“O petionário de refúgio ou o refugiado será expulso do país por motivo de segurança nacional ou de ordem pública ou por condenação, transitada em julgado, pela prática de crime em território nacional”* (BRASIL, 2018c). Cumpre observar, de plano, que a proposta de alteração subverte a lógica da redação atual, segundo a qual *“[n]ão será expulso do território nacional o refugiado que esteja regularmente registrado, salvo por*

motivos de segurança nacional ou de ordem pública” (BRASIL, 1997), de modo que resta enfatizado no texto vigente o aspecto negativo, a exceção à regra, ao passo que na redação proposta no PL não mais será feita esta ressalva expressa. Ademais, convém notar que a proposta de modificação visa também a incorporar o termo “crimes praticados em território nacional” à Lei de Refúgio, em consonância com a mudança de redação proposta para o inciso II do parágrafo 1º do Artigo 54 da Lei de Migração.

O PL do Senado nº 408, de 2018, que fora apresentado perante aquela casa em 16 de outubro do ano corrente, tramita atualmente na Comissão de Cidadania e Justiça do Senado, onde obtivera voto favorável do seu relator, o também emedebista, Senador Valdir Raupp, em reunião da Comissão do dia 28 de novembro, ocasião em que fora, ademais, concedido pedido de vistas do PL (SENADO FEDERAL, 2018), sendo esta a última tramitação realizada até o momento da escrita deste trabalho. Se este Projeto de Lei do Senado efetivamente avançar e resultar aprovado como está, será, na minha visão, representativo de um cenário preocupante que se delineia no horizonte da política migratória brasileira, a qual, lamentavelmente, não está alheia à tendência que atualmente domina o cenário político nacional mais amplo.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, João Fontanari; BORGES, Kézia Borba; LUZ, Valentina Fonseca da. O Acesso da População Migrante à Justiça Brasileira: Panorama, Desafios e Possibilidades. In: GAIRE: Grupo de Assessoria a Imigrantes e a Refugiados (organizador). **Múltiplos Olhares: migração e refúgio a partir da extensão universitária**. Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 2016. p. 21-46.
- BICHARA, Jahyr-Philippe. Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil - O tratamento jurídico dos refugiados e apátridas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 1. 53, n. 209, jan./mar. 2016. pp. 7-30.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 27 out. 2018.
- _____. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm>. Acesso em: 02 out.2018.
- _____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 out.2018.
- _____. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 17 out. 2018.
- _____. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm>. Acesso em: 27 out. 2018.
- _____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em 07 nov. 2018.
- _____. Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4246.htm>. Acesso em 07 nov. 2018.
- _____. Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 7, de 2016, ao Projeto de Lei do Senado nº 288, de 2013 (nº 2.516, de 2015, na Câmara dos Deputados) (2016). **Senado Federal**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5281274&disposition=inline>>. Acesso em: 27 out. 2018.

_____. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 02 out.2018.

_____. Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017 (2017b). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm>. Acesso em: 27 out. 2018.

_____. Mensagem nº 163, de 24 de maio de 2017 (2017c). **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Msg/VEP-163.htm>. Acesso em: 29 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 148.558 São Paulo. Paciente: Lawrence Ndiefe. Impetrante: Marco Antonio de Souza. Coator: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 7 de dezembro de 2017 (2017d). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313475240&ext=.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Habeas Corpus nº 0000051-59.2018.4.03.0000/SP. Paciente: Pachal Ikenna Umeugo. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Juízo Federal da 1ª Vara de Avaré, 32ª SSJ, SP. Relator: Desembargador Federal José Lunardelli. São Paulo, 20 de março de 2018 (2018a). Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6785983>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Recurso em Sentido Estrito nº 0005610-28.2017.4.03.6112/SP. Recorrente: Justiça Pública. Recorrido: Yangjian Chen. Relator: Desembargador Federal Fausto de Sanctis. São Paulo, 22 de maio de 2018 (2018b). Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6853755>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. Projeto de Lei do Senado nº 408, de 2018 (2018c). **Senado Federal**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7875800&ts=1543436136128&disposition=inline>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

BYRNES, Andrew; RENSHAW, Catherine. Chapter 24: Within the State. In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh. **International Human Rights Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Atividade legislativa**: PL 2516/2015 (2015). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1594910>>.

Acesso em 27 out. 2018.

CHINKIN, Christine. Part II: International Law, Chapter 4: Sources. In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh. **International Human Rights Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001**. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. **Draft Articles on the Expulsion of Aliens, with commentaries, 2014**. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_12_2014.pdf>. Acesso em: 03 out. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva sobre a Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados, OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, solicitada pelos Estados Unidos Mexicanos**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1>>. Acesso em: 02 out.2018.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Case concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Judgement of 30 November 2010**. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/103/103-20101130-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. **Case concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland), Judgement of 26 July 1927**. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Compotence_Arret.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2018.

CRAWFORD, James. **Brownlie's Principles of Public International Law**. 8. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FORTEAU, Mathias. A New Baxter Paradox: Some Observations on the ILC Draft Articles on the Expulsion of Aliens. **Harvard Human Rights Journal**, Cambridge, v. 30, n. 29, 2017. pp. 29-47.

GOGOLIN, Jana; HAILBRONNER, Kay. Aliens. In: **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: uma Proposta de Releitura da Teoria da Faute du Service. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 38, abril/maio/junho de 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-38-ABRIL-2014-DANIEL-HACHEM.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

HARRIS, David; SIVAKUMARAN, Sandesh. **Cases and Materials on International Law**. 8. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2015.

HENRIKSEN, Anders. **International law**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 7. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

JUBILUT, Lilian Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e a sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

KÄLIN, Walter. Aliens, Expulsion and Deportation. In: **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

KALSHOVEN, Frits; ZEGVELD, Liesbeth. **Restricciones en la Conducción de la Guerra: Introducción al derecho internacional humanitario**. 3. ed. Ginebra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 2001.

KENICKE, Pedro Henrique Gallotti; LORENZETTO, Bruno Meneses. O Estatuto do Estrangeiro e a Mudança da Fundamentação da Política Migratória Brasileira. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 8, n. 2, pp. 195-209, 12 de dezembro de 2017.

KIDANE, Won. Procedural Due Process in the Expulsion of Aliens under International, United States, and European Union Law: A Comparative Analysis. **Emory International Law Review**, Atlanta, v. 27, 2013, pp. 285-346.

_____. Missed Opportunities in the International Law Commission's Final Draft Articles on the Expulsion of Aliens. **Harvard Human Rights Journal**, Cambridge, v. 30, n. 3, 2017. pp. 77-88.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIMA, Marcelo de. Um imigrante iguala-se realmente a um cidadão nacional, em direitos civis, políticos, econômicos e sociais? O direito comparado: modelos brasileiro e europeu. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 49, n. 193, jan./mar. 2012. pp. 269-282.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20. ed. ver. aual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MÉGRET, Frédéric. Chapter 5: Nature of Obligations. In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh. **International Human Rights Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Entenda o Anteprojeto de Lei de Migrações**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/proposta-de-nova-lei-de-migracoes-devera-substituir-estatuto-criado-durante-a-ditadura/entenda_novo_estatutoestrangeiro2.pdf>. Acesso em: 24 out. 2018.

MOECKLI, Daniel. Chapter 8: Equality and Non-discrimination. In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh. **International Human Rights Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.

MORAES, Ana Luisa Zago de. A formação da política imigratória brasileira: da colonização ao Estado Novo. **Revista da Faculdade de Direito: Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Volume Especial – Jan. 2014. Porto Alegre: Faculdade de Direito/UFRGS, 2014. p. 143-163.

MURPHY, Sean D. The Expulsion of Aliens and Other Topics: The Sixty-Fourth Session of the International Law Commission. **The American Journal of International Law**, v. 107, n. 1, janeiro/2013. pp. 164-177.

NEUMAN, Gerald L. Human Rights and the International Law Commission's Draft Articles on the Expulsion of Aliens. **Harvard Human Rights Journal**, Cambridge, v. 30, n. 3, 2017. pp. 3-14.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça**, 26 de julho de 1945. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2018.

_____. **Statute of the International Law Commission**, 21 de novembro de 1947. Disponível em: <<http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/statute/statute.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 10 dezembro 1948**. Disponível em: <https://unicode.org/udhr/d/udhr_por_BR.html>. Acesso em: 07 nov. 2018.

_____. **International Covenant on Civil and Political Rights, 19 dezembro 1966.** Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

_____. **International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, 18 dezembro 1990.** Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cmw.aspx>>. Acesso em: 17 out.2018.

_____. **Yearbook of the International Law Commission, 2000, vol. II, part two,** Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-second session, A/CN.4/SER.A/2000/Add.1 (Part 2) / Rev.1. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2000_v2_p2.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Assembleia Geral. **Resolução 56/82,** AG index: A/RES/56/82, 12 de dezembro de 2001. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/56/82>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. **Report of the International Law Commission, Fifty-sixth session, 3 May-4 June and 5 July-6 August 2004.** Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_59_10.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. **Preliminary report on the expulsion of aliens, by Mr. Maurice Kamto, Special Rapporteur,** 2 June 2005, Document A/CN.4/554. Disponível em: <http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_554.pdf&lang=EFSX>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. **UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child,** May 2008. Disponível em: <<https://www.unhcr.org/4566b16b2.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

_____. Assembleia Geral. **Resolução 72/117,** AG index: A/RES/72/117, 18 de dezembro de 2017 (2017a). Disponível em: <<http://legal.un.org/docs/?symbol=A/RES/72/117>>. Acesso em: 11 out. 2018.

_____. Assembleia Geral. **Sixth Committee (Legal) - 72nd session,** Expulsion of Aliens (Agenda item 82) (2017b). Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/sixth/72/expulsion_of_alien.shtml>. Acesso em: 13 out. 2018.

_____. **International Migration Report 2017: Highlights (ST/ESA/SER.A/404) (2017c).** Disponível em: <http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2017_Highlights.pdf>. Acesso em: 02 out.2018.

_____. **Summaries of the Work of the International Law Commission, Expulsion of Aliens (2018a)**. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/summaries/9_12.shtml>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos. **Status of Ratification Interactive Dashboard (2018b)**. Disponível em: <<http://indicators.ohchr.org/>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), 22 novembro 1969**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 11 nov. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. Direitos humanos são eixo central da nova Lei de Migração. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 de maio de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-26/andre-ramos-direitos-humanos-sao-eixo-central-lei-migracao>>. Acesso em: 27 out. 2018.

_____; RIOS, Aurelio. CLÈVE, Clèmerson; VENTURA, Deisy; GRANJA, João Guilherme; MORAIS, José Luis Bolzan de; PIRES JR., Paulo Abrão; DALLARI, Pedro B. de Abreu; REIS, Rossana Rocha; JARDIM, Tarciso Dal Maso; BERNER, Vanessa. Regulamento da nova Lei de Migração é *contra legem* e *praeter legem*. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-23/opinioao-regulamento-lei-migracao-praetem-legem>>. Acesso em: 27 out. 2018.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

RODLEY, Nigel S. Chapter 9: Integrity of the Person. In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh. **International Human Rights Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.

SENADO FEDERAL. **Atividade legislativa**: Projeto de Lei do Senado n° 288, de 2013 (2013). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113700>>. Acesso em: 27 out. 2018.

_____. **Atividade legislativa**: Substitutivo da Câmara dos Deputados n° 7, de 2016, ao PLS n° 288, de 2013 (2016). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127792>>. Acesso em: 27 out. 2018.

_____. **Atividade Legislativa**: Projeto de Lei do Senado nº 408, de 2018 (2018). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134315>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

SHAH, Sangeeta. Chapter 13: Detention and Trial. In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh. **International Human Rights Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.

SHAW, Malcolm N. **International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

SICILIANO, Andre Luiz. **A política migratória brasileira**: limites e desafios. 2013. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) - Instituto de Relações Internacionais, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/D.101.2013.tde-03022014-173058. Acesso em: 18 out. 2018.

SIMMA, Bruno. Reciprocity. In: **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

VAN BOVEN, Theo. Chapter 7: Categories of Rights. In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh. **International Human Rights Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.

VENTURA, Deisy; ILLES, Paulo. Qual a Política Migratória do Brasil?. **Le Monde Diplomatique Brasil**, São Paulo, 7 de março de 2012. Disponível em: <<https://diplomatie.org.br/qual-a-politica-migratoria-do-brasil/>>. Acesso em 27 out. 2018.

WEISSBRODT, David. **The Human Rights of Non-Citizens**. Oxford: Oxford University Press, 2008.