LUÍS RENATO VEDOVATO

**INGRESSO DO ESTRANGEIRO NO TERRITÓRIO DO
ESTADO SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO
INTERNACIONAL PÚBLICO**

Tese apresentada à Comissão Julgadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de doutor em Direito Internacional, sob orientação do Professor Associado Dr. André de Carvalho Ramos.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo, 2012

VEDOVATO, Luís Renato. **Ingresso do estrangeiro no território do estado sob a perspectiva do Direito Internacional Público**. 2012. 213 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

BANCA EXAMINADORA:

Ao Renato, à Thereza, ao Luiz, à Etelvina, ao Paulo Aloízio e à Magali, responsáveis pela minha existência e por todas as oportunidades que me foram abertas, e, em especial, à Tatiana, ao Paulo Vinícius, à Clara, ao Maurício e à Anamaria, por fazerem de minha vida um conjunto de momentos inesquecíveis.

AGRADECIMENTOS

Este ponto me traz um dilema, que beira o constrangimento, pois decerto não conseguirei lembrar, para agradecer, de todos os que contribuíram de alguma maneira para a realização desta tese de doutoramento, o que me permite fazer a defesa perante a Banca. Devo, portanto, de início, desculpar-me pelas ausências, ao mesmo tempo em que registro agradecimentos especiais:

À Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por ter-me acolhido desde a graduação, passando pelo mestrado, e que agora me recebe, nos últimos anos, no doutoramento. A tese ora apresentada e todos os meus estudos só foram possíveis por conta dos professores envolvidos, dos funcionários dedicados, dos colegas, que me apoiaram, e dos livros e periódicos disponíveis na biblioteca das Arcadas. Merecem destaque, aqui, as funcionárias do Departamento de Direito Internacional e Comparado e os funcionários da Secretaria de Pós-Graduação da Faculdade de Direito.

À Universidade de Milão-Bicocca, na pessoa do Professor Marco Vanzulli, por ter me permitido fazer pesquisas, via *web*, e ter me recebido, em junho de 2011, por curto, mas profícuo, período de contato com pesquisa na biblioteca. O mesmo sentimento expresso à Universidade de Nantes, especialmente ao Departamento de Língua Portuguesa da Faculdade de Letras, na pessoa do Professor Guilherme Cavalheiro Dias Filho.

Ao meu Orientador, o Professor Associado Doutor André de Carvalho Ramos, que proporcionou uma oportunidade de ouro a mim, a quem só foi conhecer pessoalmente na entrevista de seleção para a vaga, demonstrando que age de forma republicana em todos os momentos, minha gratidão por todas as orientações, sempre seguras, precisas e claras, no caminho para que fosse construída a presente tese.

Ao Professor Associado Doutor Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari e ao Professor Doutor Masato Ninomiya, pelas orientações essenciais durante a Banca de Qualificação, o que abriu espaço para enriquecimento do trabalho e aprofundamento da pesquisa.

Ao Professor Titular Doutor Hermes Marcelo Huck, por todas as aulas, desde as de graduação, que me despertaram o interesse pelo direito internacional, até as de pós-graduação, que me permitiram refletir de forma madura sobre o direito.

Ao Professor Associado Doutor Alaôr Caffé Alves, agradeço por ter me guiado, nos últimos anos, pelos caminhos da docência e por servir de inspiração para todos aqueles que almejam trilhar os passos do ensino jurídico.

Aos amigos de academia, desde os bancos da graduação, Virgílio Afonso da Silva, Jean Paul Rocha, Otavio Yazbek, Rogério La Guardia, Diogo Coutinho, Roberto Di Cillo e Marco Aurélio Sampaio, por terem me incentivado a continuar na carreira acadêmica quando tive de enfrentar adversidades.

Ao Carlos Castellani, ao Fabiano Bento, ao Roberto Nanni, ao Raphael Bozolla e ao Ademir Fragnani, amigos desde os primeiros anos de vida profissional, por terem trazido sua experiência prática para longos debates sobre o tema da tese.

Por todo tempo que gastou revisando a tese, agradeço imensamente ao querido amigo Professor Doutor Paulo de Tarso Barbosa Duarte, pois suas criteriosas indicações permitiram-me trazer clareza ao trabalho e, se erros ainda podem ser identificados, são frutos da minha teimosia em não seguir as suas pertinentes e precisas colocações.

Aos Professores Francisco de Assis Garcia e Reinaldo Fernandes, pela imensa paciência que tiveram nos longos períodos de ausência e afastamento dos debates do escritório. Certamente, sem esse apoio a tese enfrentaria maiores dificuldades.

Aos meus amigos do magistério, Angélica Carlini, Fabio Nadal, Cláudio Franzolin, Artur Marques, Walter Salles, José Antonio Siqueira de Campos, Sérgio Vallim, Luis Feriani, Jamil Miguel, Heitor Regina, Arlindo Rodrigues, Renata Alvares Gaspar, Herbert Wittmann, Pietro Nardella Dellova, Fábila do Prado, Vinícius Casalino, Rodolpho Vannucci, Marcelo Altieri e Maurício Campos, sou grato pelo enriquecimento do debate e pelo apoio constantes.

Por terem ouvido os pontos mais críticos da tese e me auxiliado a refletir sobre eles, demonstro a minha enorme gratidão à Mirena Ferragut Gallo Bruni e ao Helder Neves, estendida a todos os meus alunos e ex-alunos que serviram de constante incentivo para a docência.

Ao Professor Dr. Hiroshi Motomura, da Universidade da Califórnia, Los Angeles, por informações importantes para a pesquisa. Ao Professor Oscar Cabrera, da Universidade de Georgetown, sou especialmente grato por todos os incentivos que me trouxe. Agradeço pelos ensinamentos relevantes para a tese que me proporcionaram aos Professores Giuseppe Cacciatore (Università degli Studi di Napoli, Federico II), Enrico

Nuzzo (Università degli Studi di Salerno), Gustavo Costa (Universidade da Califórnia - Berkeley), Geri Cerchiai (Istituto per la storia del pensiero filosofico e scientifico moderno) e Riccardo Caporali (Università degli Studi di Bologna).

À Profa. Dra. Ana Sperandio e ao Prof. Lauro Francisco Filho, agradeço de forma carinhosa pelas oportunidades que me abriram nos grupos de pesquisa da Unicamp, bem como por terem me mostrado um novo campo de atuação do pesquisador do direito.

À Clarissa Homs, à Paula Johns, à Cristiane Vianna, à Adriana Carvalho, à Patrícia Sosa e à Patrícia Lambert, por terem me proporcionado vivenciar a pesquisa na prática.

Ao Oscar Mellim Filho, ao Arnaldo Lemos e ao Glauco Barsalini, amigos e professores, por terem me proporcionado a primeira oportunidade de realizar pesquisa jurídica. Aos meus alunos, que formam uma das grandes razões que me levaram à pesquisa, por toda paciência que tiveram comigo, a qual reconheço ter sido imensa durante o desenvolvimento da pesquisa.

Aos amigos do doutorado Daniela Bucci e Fabrício Vergueiro, agradeço pela presença constante nos últimos anos.

A toda minha família, em especial à Tatiana, ao Paulo, à Clara, à Magali, ao Maurício e à Anamaria, por todo apoio nas minhas ausências.

De repente estou só no mundo. Vejo tudo isto do alto de um telhado espiritual. Estou só no mundo. Ver é estar distante. Ver claro é parar. Analisar é ser estrangeiro. Toda a gente passa sem roçar por mim. Tenho só ar à minha volta. Sinto-me tão isolado que sinto a distância entre mim e o meu fato. Sou uma criança, com uma palmatória mal acesa, que atravessa, de camisa de noite, uma grande casa deserta.

Fernando Pessoa, “O livro do Desassossego”

RESUMO

VEDOVATO, Luís Renato. **Ingresso do estrangeiro no território do estado sob a perspectiva do Direito Internacional Público**. 2012. 213 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

A circulação de pessoas pelo mundo é facilitada, na contemporaneidade, pelos avanços tecnológicos, porém, ao mesmo tempo, sofre restrições por questões econômicas. Entende-se que a restrição ao ingresso do estrangeiro não mais pode acontecer por decisão totalmente livre do Estado receptor; isso porque as normas internacionais de direitos humanos limitam essa liberdade, ao impedir que ele decida sobre o ingresso de forma desprovida de amarras. Três teorias explicam a relação do Estado com o direito de ingresso. A teoria vitoriana, desenvolvida por Francisco de Vitória, defende que há liberdade total de circulação de pessoas pelo mundo, havendo espaço para restrição tão somente quando a circulação, comprovadamente, causar dano ao Estado receptor do migrante. A teoria do livre arbítrio absoluto do Estado, por sua vez, entende que não existe direito de ingresso e a decisão do Estado não é passível de discussão, pois faz parte do exercício da sua soberania. Atenta às mudanças ocorridas no mundo, inclusive no que tange à soberania, a teoria do controle das decisões estatais, desenvolvida nesta tese, propugna que a decisão tem de ser fundamentada e não pode ignorar os avanços dos direitos humanos e que, portanto, o Estado deve usar a lógica das escolhas trágicas para decidir sobre o ingresso, não havendo mais espaço para uma decisão sem limites. A atuação livre do Estado sofre uma releitura para que suas decisões passem por controle e suas ações sejam interpretadas sob a égide dos direitos humanos. Também experimenta restrições a liberdade dada ao Estado de determinar quem há de se ter por seu nacional, não mais adstrita à sua vontade. São emblemáticos o caso *Nottebohm*, no qual a Corte Internacional de Justiça impôs limites à concessão de nacionalidade, determinando que ela deve ser contínua, e o caso dos decretos de nacionalidade da Tunísia e do Marrocos, em que a Corte Permanente de Justiça Internacional também se manifestou sobre o tema. Este estudo faz uma análise de como a questão da entrada de estrangeiros é tratada em alguns países do mundo e de como o tema é vislumbrado no Brasil. O trabalho utiliza como fontes de pesquisa a revisão da literatura nacional e estrangeira, a legislação pertinente ao tema, como o Estatuto dos Estrangeiros, a Constituição Federal brasileira, bem como decisões e pareceres consultivos internacionais, além do uso da técnica do direito comparado, exame do direito comparado.

Palavras-chave: Estrangeiro. Migração. Direito de ingresso. *Jus communicationis*. Escolhas trágicas. Nacionalidade. *Nottebohm*.

ABSTRACT

If, on the one hand, technology makes travelling easier, on the other, economic matters restrict people's movement around the world. This thesis defends that restrictions on foreign entry cannot be let to the States' sole discretion anymore. The reason for this is that international Human rights rules limit that discretion, attaching strings to the State action. Three theories explain how the States face the right of entry. First, the Vitorian theory, developed by Francisco de Vitória, defends people's total freedom of movement around the world, while restrictions to this right would be possible only if enough evidence is shown that the migrant could cause damages to the receiving State. Second, the State Total Discretion theory holds that there is no such thing as a right of entry, and the State's decision cannot be questioned, because it is the expression of its sovereignty. Last, responsive to the world changes, including on sovereignty, the theory of the Control of the States' Decisions, here developed, argues that the State decision has to be justified on solid grounds, and cannot ignore the development of Human rights. Therefore, the State must use the tragic choices rational in order to decide about one's right of entry, with no room for total discretion. According to this thesis, States' decisions have to be controlled and its actions must be interpreted under the Human rights aegis. Moreover, this thesis argues that there cannot be total discretion on States' decision of classifying someone as a national or a foreigner. Supporting this idea are the emblematic cases of *Nottebohm*, on which the International Court of Justice imposed limits to the granting of nationality, upholding that this granting has to be continuous, and the case of nationality decrees of Tunisia and Morocco, on which the Permanent Court of International Justice has spoken on the subject. This study examines how the issue of foreign entry is treated in some Countries, specially in Brazil. To do so, this thesis uses as source the Brazilian and overseas literature contained on books, scientific articles and Law.

Keywords: Foreign. Migration. Right of entry. *Jus communicationis*. Tragic choices. Nationality. *Nottebohm*.

RÉSUMÉ

Actuellement la circulation de personnes au tour du monde est facilitée par le développement technologique mais elle est aussi soumise des restrictions économiques. On pense que les Etats ne peuvent plus continuer à empêcher sans aucun contrôle l'entrée des étrangers dans leurs territoires. Les normes internationales des Droits des Hommes limitent la liberté totale des Etats, empêchant qu'ils aient le pouvoir incontrôlable sur l'entrée des étrangers. Trois théories expliquent le rapport entre l'Etat avec le Droit d'entrée. La théorie Victorienne, développée par Francisco de Vitória, soutient qu'il y a une circulation totale de personnes au tour du monde, ayant l'espace par la restriction exclusivement quand la circulation, sans aucun doute, porte un préjudice à l'Etat qui reçoit l'immigrant. Selon la théorie du libre arbitre absolu de l'État, il n'y a pas un Droit d'entrée et la décision de l'État n'est pas passible de questionnement, une fois qui fait partie de l'exercice de sa souveraineté. Toutefois, le monde a passé par des changements, surtout dans son exercice de souveraineté. Ainsi, la théorie du contrôle sur l'action de l'Etat sur l'entrée des étrangers, développée dans notre thèse, assure que la décision de l'Etat doit être soutenue et ne peut plus ignorer le développement des Droits des Hommes. De cette façon, l'Etat doit utiliser la logique des choix tragiques pour maîtriser l'entrée des étrangers, n'ayant plus une maîtrise incontrôlable. La libre action de l'Etat est refaite pour que ces choix passent pour un contrôle sous la lumière du Droit des Hommes. Un exemple du nouveau rapport entre l'Etat et les étrangers se trouve dans le cas *Nottebohm* où la Cour Internationale de Justice a imposé des limites à la concession de nationalité, déterminant qu'elle doit avoir une continuité. C'est aussi le cas des décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc, où la Cour Permanente de Justice Internationale s'est manifestée sur le thème. Enfin, ce thème est analysé dans d'autres pays et surtout comme il est vu au Brésil.

Mots-clés: Affaires étrangères. Migrations. Droit d'entrée. Jus Communicationis. Choix tragiques. Nationalité. *Nottebohm*.

LISTA DE SIGLAS

Acordo de Livre-comércio Norte-americano	NAFTA
Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados	ACNUR
Banco Interamericano de Desenvolvimento (ou Banco Mundial)	BIRD
Comissão Econômica para América Latina e Caribe	CEPAL
Comissão Interamericana de Direitos Humanos	CIDH
Comitê Intergovernamental para os Refugiados	CIR
Comitê Nacional para Refugiados	CONARE
Conselho Nacional de Imigração	CNIg
Constituição Federal	CF
Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes	CAT
Convenção sobre os Direitos da Criança	CDC
Corte Permanente de Justiça Internacional	CPJI
Declaração Universal dos Direitos Humanos	DUDH
Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia	FARCs
Global Forum on Migration and Development (Fórum Global sobre Migração e Desenvolvimento)	GFMD
Hamburgisches WeltWirtschafts Institut (Instituto de Economia Internacional de Hamburgo)	HWWI
Liga das Nações	LN
Mercado Comum do Sul	Mercosul
Organização das Nações Unidas	ONU
Organização dos Estados Americanos	OEA
Organização Internacional do Trabalho	OIT
Organização Internacional para Migração	OIM

Opinião Consultiva	OC
Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico	OCDE
Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento	PNUD
União das Repúblicas Socialistas Soviéticas	URSS
União Europeia	EU
<i>World Wide Web</i> (rede mundial de computadores)	WWW

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	16
PARTE I – CIRCULAÇÃO DE PESSOAS E DIREITO DE NACIONALIDADE:	
A PROBLEMÁTICA DO INGRESSO E DA GARANTIA DE DIREITOS	19
1 IDENTIFICAÇÃO DA PROBLEMÁTICA	19
2 A NACIONALIDADE E A CRISTALIZAÇÃO DO OUTRO NO DIREITO INTERNACIONAL	34
2.1 A batalha perdida da Liga das Nações pela codificação do Direito Internacional da Nacionalidade	39
2.2 Notas históricas sobre os deslocamentos humanos pelo globo	41
2.3 A nacionalidade como fundamento para diferenciação	45
2.4 Os direitos sociais, as escolhas trágicas e o direito de ingresso	63
2.5 A circulação de pessoas pelo mundo e a nacionalidade – da teoria vitoriana às restrições ao ingresso de estrangeiros	80
2.5.1 Teoria vitoriana – <i>jus communicationis</i> – o direito pleno de ingresso do estrangeiro	82
2.5.2 A teoria do livre arbítrio absoluto do Estado – a liberdade total do Estado para decidir sobre o ingresso	85
2.5.3 A teoria do controle das decisões estatais – do direito de ingresso: a limitação das decisões estatais com base no direito internacional	88
3 AS JUSTIFICATIVAS DOS ESTADOS PARA O IMPEDIMENTO DE INGRESSO DO ESTRANGEIRO	95
3.1 Figurinos jurídicos sobre a permeabilidade dos Estados a estrangeiros	98

3.1.1 Restrições devidas a elementos xenofóbicos	105
3.1.2 Restrições devidas a elementos socioeconômicos	106
3.1.3 Restrições devidas a elementos culturais	107
3.1.4 Restrições temporais	108
3.1.5 Restrições inexistentes	108
3.1.6 Restrições impostas pela sociedade	109
3.2 A construção do direito de ingresso – o controle da decisão do Estado	109
3.3 A situação de vulnerabilidade jurídica dos migrantes	111
4 A NACIONALIDADE E A UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS	114
4.1 A universalidade dos direitos humanos e suas aparentes limitações	115
4.2 Coordenação dos conceitos – nacionalidade e universalidade	121

**PARTE II – NACIONALIDADE E AFIRMAÇÃO DE DIREITOS NO
DIREITO COMPARADO E NA PRÁTICA INTERNACIONAL 125**

5 O INGRESSO DO ESTRANGEIRO EM OUTROS PAÍSES E EM SISTEMAS INTERNACIONAIS	125
5.1 O ingresso do estrangeiro no Direito Comparado	125
5.1.1 Rússia	126
5.1.2 México	127
5.1.3 Alemanha	129
5.1.4 França	130
5.1.5 Espanha	131
5.1.6 Estados Unidos da América	133
5.1.7 Austrália e Nova Zelândia	135
5.1.8 Japão	137
5.1.9 Brasil	142

6 CASOS DE CONTROLE INTERNACIONAL DO INGRESSO DE	
ESTRANGEIROS	153
6.1 Atuação da ONU e de organismos globais	154
6.1.1 Os refugiados	159
6.2 Sistemas regionais	163
6.2.1 Sistema interamericano	163
6.2.2 Sistema europeu	168
 PARTE III – O DIREITO DE INGRESSO DO ESTRANGEIRO	
E A EFETIVIDADE NO BRASIL	172
7 O DIREITO DE INGRESSO DO ESTRANGEIRO: REALIDADE	
BRASILEIRA, GARANTIA CONSTITUCIONAL E IMPACTO DO ABANDONO	
DA TEORIA DO LIVRE ARBÍTRIO ABSOLUTO DO ESTADO	172
7.1 Um olhar para a realidade brasileira	172
7.2 O direito de ingresso constitucionalmente adequado no Brasil	180
7.3 O impacto no Brasil do abandono da teoria do livre arbítrio absoluto do	
Estado – tomando os direitos do ingresso do estrangeiro a sério	184
7.3.1 A aplicação da Opinião Consultiva nº 18 da Corte Interamericana de	
Direitos Humanos no Brasil e a coisa julgada interpretada	184
7.3.2 A implementação de direitos na zona de fronteira	186
7.3.2.1 O papel do Ministério Público Federal e da Polícia Federal	187
7.3.2.2 O acesso à justiça e o papel fundamental da Defensoria Pública	
Federal	188
7.4 O projeto de lei de migração e o direito de ingresso	190
 CONCLUSÃO	193
 REFERÊNCIAS	201

INTRODUÇÃO

A presente tese emerge da preocupação com o ingresso de indivíduos em território estrangeiro em face das mudanças advindas da globalização e da estruturação do direito internacional dos direitos humanos. Isso porque, embora alguns defendam a total liberdade do Estado para impedir o ingresso de estrangeiros em seu território – o que se pode chamar de livre arbítrio absoluto do Estado –, há normas internacionais de proteção aos direitos humanos que poderiam considerar-se contrárias à completa liberdade estatal nesse âmbito. Esta tese investiga, dessa maneira, a possibilidade de se asseverar que o Estado, tendo em vista a globalização e a estruturação do direito internacional dos direitos humanos, não mais pode decidir livremente sobre o ingresso de estrangeiro em seu território. Surge, com isso, o que se pode chamar de uma atuação estatal controlada por normas internacionais. A novidade é o fato de que esse controle se aplica a uma das expressões da soberania estatal, como identificada pela doutrina.

O fato mencionado ganha relevância com o incremento constante da circulação de pessoas pelo mundo, a qual, material e tecnologicamente, torna-se cada vez mais facilitada, encontrando, porém, como paradoxo, inúmeros obstáculos, decorrentes de aspectos tanto políticos quanto jurídicos. De forma direta, pode-se dizer que essa circulação hoje é mais comum – em especial quando comparada com o que acontecia até meados do século XX –; porém, as barreiras ao ingresso de estrangeiros são cada vez mais frequentes e mais difíceis de serem transpostas. É possível supor que o incremento das barreiras esteja ligado ao gradual alcance de direitos fundamentais para os indivíduos que se encontram em seu território. Como a garantia desses direitos demanda dispêndio de recursos, tal exige do Estado planejamento que considere o número de pessoas a serem atendidas.

Para o estudo do tema objeto deste trabalho, estruturou-se o texto em três partes, além da Introdução e da Conclusão. O propósito é demonstrar a existência de elementos embasadores para a posição que advoga haver limites à decisão do Estado sobre o ingresso de estrangeiros, não sendo essa decisão totalmente submetida à vontade exclusiva estatal. Pode-se arrolar um conjunto de normas internacionais que serviriam de base para a limitação desse poder.

A Parte I está reservada à circulação de pessoas pelo mundo e seu impacto na soberania do Estado. Nela, serão trazidos elementos demonstrativos da constante crise no tratamento dispensado ao ingresso do estrangeiro, qualificado por sua nacionalidade, a qual, como ali se demonstra, passou por tentativa de regulamentação internacional, porém, sem sucesso. Nesse espaço inserem-se questões delicadas ligadas à efetivação de direitos fundamentais, após a discussão sobre a possibilidade de diferenciação entre os indivíduos, com base em sua nacionalidade.

A Parte I é composta por quatro capítulos. No Capítulo 1, faz-se uma explanação a respeito da problemática envolvendo o ingresso do estrangeiro. No Capítulo 2, expõe-se, inicialmente, a crise na circulação de pessoas, apresentando-se elementos das diferenças entre as teorias, em particular no item 2.6, ao passo que a nacionalidade e as escolhas trágicas são abordadas, respectivamente, nos itens 2.4 e 2.5. A nacionalidade é estudada como possível fundamento para construção da diferenciação entre indivíduos, no item 2.3. Em outras palavras, como poderia ser fundamentada a limitação de ingresso em razão de o indivíduo não ser nacional, o que é feito em conjunto com as escolhas trágicas.

No Capítulo 3, discute-se o direito de ingresso; nos itens 3.1 e 3.2, são expostos, respectivamente, os figurinos jurídicos sobre a permeabilidade dos Estados, elencando-se várias formas de restrições, e a construção do direito de ingresso. O item 3.3 explicita a vulnerabilidade dos migrantes, com o intuito de estabelecer os desafios enfrentados nos países de destino.

No Capítulo 4, procede-se ao cotejo entre a nacionalidade e a universalidade dos direitos humanos a fim de demonstrar que é possível a limitação de direitos com base na nacionalidade – o que não se configuraria como violação à universalidade, caso a decisão tivesse fundamento nos tratados internacionais de direitos humanos. Em razão disso, o impedimento de ingresso não pode entender-se como decorrência exclusiva do fato de quem pleiteia a entrada ser um estrangeiro.

A Parte II, composta por dois capítulos, destina-se à análise dos casos que demonstram a aplicação das teorias apresentadas na Parte I, em especial a teoria da limitação do direito do Estado. No Capítulo 5, verifica-se como o ingresso é tratado internamente em alguns Estados, escolhidos para este estudo pela distribuição geográfica e por serem destinos mais frequentes de migrantes. No Capítulo 6, analisam-se os casos que foram submetidos a sistemas internacionais. Nesse ponto, discute-se, no item 6.1.1, o

figurino jurídico dos refugiados, o qual forma a primeira abertura clara para a possibilidade de controle do direito do Estado definir quem ingressa em seu território

Na Parte III, composta pelo Capítulo 7, tem-se como foco o Brasil. Nele analisam-se as estruturas e as obrigações do País com relação ao estrangeiro, dando-se especial destaque à Opinião Consultiva nº 18, da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Conclusão retoma o exposto no trabalho com o propósito de corroborar, ou não, a assertiva de que é possível identificar limitações à possibilidade do Estado decidir sobre o ingresso do estrangeiro. Para tanto, analisa-se a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, decorrência específica da necessidade de cumprimento dos acordos que vinculam o Estado.

Saliente-se, por fim, que o trabalho se utiliza da revisão da literatura nacional e estrangeira, bem como da legislação pertinente ao tema abordado, com destaque para o Estatuto dos Estrangeiros, a Constituição Federal brasileira e a Opinião Consultiva nº 18, procedendo ao exame do direito comparado.

PARTE I

CIRCULAÇÃO DE PESSOAS E DIREITO DE NACIONALIDADE: A PROBLEMÁTICA DO INGRESSO E DA GARANTIA DE DIREITOS

1 IDENTIFICAÇÃO DA PROBLEMÁTICA

A preocupação que conduziu ao presente estudo investigativo repousa em uma possível regulação do direito de ingresso de estrangeiros¹. Historicamente, o Estado tem recebido a incumbência de decidir, de forma irrefutável, sobre a entrada de estrangeiros em seu território; no entanto, a evolução da proteção internacional dos direitos humanos trouxe impactos a essa faculdade. O que se quer entender, assim, é se há algum limite à decisão tomada pelo sujeito primário de Direito Internacional, qual seja, o Estado.

A teoria de Vitória, relativa ao *jus communicationis*, é importante para o desenvolvimento da pesquisa, por ter defendido a livre circulação. Além das ideias de Vitória, trazidas à lume pela defesa da total liberdade de circulação, existem manifestações de Cortes Internacionais que abrem espaço para o surgimento de um direito de ingresso, destacando-se, em particular, a Opinião Consultiva nº 18, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 17 de setembro de 2003, que reconhece a necessidade de criarem os Estados políticas migratórias, permitindo que se vislumbre uma limitação aos poderes do Estado de decidir sobre o ingresso de estrangeiros.

Como é possível notar, o fundamento do veto à entrada deve ser explicitado e não pode, segundo a Corte, violar tratados internacionais de direitos humanos. O espaço para sustentação da decisão estatal é estreito e se restringe à argumentação trazida no seu fundamento, vislumbrando-se, dessa maneira, a possibilidade de aplicar-se a lógica das escolhas trágicas também nesse caso.

¹ Segundo Carvalho Ramos, a definição de estrangeiro é feita por exclusão, nos seguintes termos: “A princípio, estrangeiro é todo aquele que não possui a nacionalidade do Estado em cujo território se encontra. Por exclusão, então, a doutrina tradicionalmente define o estrangeiro como sendo o não-nacional, quer tenha outra nacionalidade, ou seja, apátrida” (CARVALHO RAMOS, A. Direito dos Estrangeiros no Brasil: imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D; PIOVESAN, F. (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**, p. 721).

O que interessa a este trabalho é o direito de ingresso; porém, no campo da circulação de pessoas pelo mundo, há que se identificar a existência de regulações diversas para a saída e para o ingresso de pessoas. No que tange à liberdade de sair do território do Estado, há menção já na Carta Magna britânica de 1215². Nela se estabelece que todos têm o direito de deixar a Inglaterra. Depois disso, na própria Inglaterra³, a *Common Law* fez nascer um remédio chamado *Ne Exeat Regno*, que permitia ao Rei impedir a saída de determinados indivíduos.

O direito de deixar o território do Estado passou a ser reconhecido de modo geral após a Segunda Guerra Mundial, em especial por conta da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). O problema, no entanto, particularmente em decorrência dos deslocamentos econômicos, não era apenas com relação à saída do território do Estado – identificado com recorrência como obstáculo nos países alinhados ao bloco comunista, que formavam a chamada cortina de ferro.

O dilema maior, não enfrentado de forma explícita pela Declaração Universal de Direitos Humanos, envolve, por conta da expansão da circulação de pessoas pelo mundo, diretamente o direito de ingresso do estrangeiro em outros territórios.

Segundo a Corte Europeia de Direitos Humanos, em 2002, no julgado *Boultif vs. Suíça*, não existe o direito de ingresso, estando os indivíduos à mercê da decisão exclusiva do Estado, sem nenhuma possibilidade de controle externo sobre esse tema. O que não se percebe na decisão citada é o necessário cotejo entre as normas internacionais de direitos humanos e as razões que motivaram o impedimento de ingresso⁴.

O grande fluxo de circulação de pessoas pelo mundo, no entanto, não pode ser ignorado; por isso, a Opinião Consultiva nº 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos é de suma importância para se identificar a limitação às decisões dos Estados

² WEISSBRODT, D. S.; DANIELSON, L. **Immigration Law and Procedure in a Nutshell**. 5. ed. New York: Thomson West, 2005. p. 366.

³ Ibidem, p. 366.

⁴ Segundo Convey e Kupiszewski, há necessidade de se criar uma política direcionada à migração e ao ingresso de estrangeiros, o que, no mínimo, seria útil para nortear as decisões de migrantes que para aquele país decidissem se dirigir, nos seguintes termos: “There is an inescapable relationship between the existence of migration movements and the resulting policies which are adopted by the authorities of the area concerned towards encouraging these movements, or more commonly towards attempting to control or to reduce them. This in turn means that the migration researcher must not only look at the effects of policy and changes in policy, important though this is, but must also attempt to understand the changing political factors which fuel the formation of policy.” (CONVEY, A.; KUPISZEWSKI, M. Keeping up with Schengen: migration and policy in the European Union. **International Migration Review**, v. 29, n. 4, p. 939-963, 1995. p. 939).

como consequência lógica dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no tocante à sua relação com estrangeiros.

Nesse contexto, é possível identificar que a circulação de pessoas pelo mundo é cada vez mais intensa. As comunicações são facilitadas e os deslocamentos físicos se tornam mais rápidos. Destaca-se, nesse cenário, a atuação do Estado que recebe o migrante.

A total liberdade do Estado de decidir sobre quem entra em seu território denota não mais existir, pois recebeu limitações, em especial pela construção da proteção dos direitos humanos, que impedem o Estado de continuar a agir da mesma forma que agia antes das facilidades atuais de circulação de informações e de pessoas existissem.

Identificar tais limitações, decorrentes da aplicação de tratados de direitos humanos, que serviriam para conter a liberdade total do Estado e controlar a sua atividade, constitui o cerne do objeto desta tese.

Em outras palavras, visa-se identificar se há um direito de ingresso do estrangeiro alegável em face do poder do Estado de determinar quem pode, ou não, entrar em seu território.

A liberdade total de decisão do Estado, quer por não existirem direitos absolutos, quer pela universalidade dos direitos humanos, pode ser tida como inexistente nos dias de hoje, máxime por conta da construção de normas internacionais que a limitam. Encontrar fundamento jurídico para essa limitação, sem que se chegue à utopia da total possibilidade de circulação, é o objetivo proposto por este estudo.

O pano de fundo é a constatação da existência de um mundo com uma crescente interação transnacional, que se aprofunda com o incremento da tecnologia, em particular a relativa às comunicações, cada vez mais velozes e acessíveis⁵. Como produtos da globalização, os reflexos das decisões internas estatais são cada vez mais percebidos além das fronteiras que acolhem as nações.

Tanto em temas que dizem respeito ao comércio internacional e à proteção de mercados internos, que de modo claro sempre trouxeram consequências além dos limites de aplicação do direito interno, como em questões que tradicionalmente eram afetas tão

⁵ No tocante à influência da globalização sobre a imigração e a cidadania (RUBENSTEIN, K. Globalisation and citizenship and nationality. **SSRN eLibrary**. 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=530382>>. Acesso em: 11 abr. 2010).

somente ao direito interno, como, por exemplo, o direito processual, já se percebe a existência de ligações, que podem ser chamadas de transfronteiriças⁶.

Nesse sentido, a cooperação processual internacional e a eleição de foro em contratos internacionais podem ser citadas de modo exemplificativo⁷. A globalização jurídica foi objeto de análise por Matias⁸, na qual o autor explana sobre a interdependência jurídica entre os Estados. Percebe-se que mesmo as mais despretensiosas decisões internas podem trazer sensíveis reflexos internacionais, como foi o caso das regras internas dos Estados Unidos para concessão de empréstimos destinados à compra de casa própria, que estão no nascedouro da crise enfrentada no final de 2008, conhecida como crise do *subprime*⁹.

Afigura-se, portanto, como natural reconhecer a necessidade de ampliação da proteção dos indivíduos, independentemente da nacionalidade ou domicílio, em face das decisões nacionais ou transnacionais, pois são cada vez mais comumente atingidos por elas. Em outros termos, o indivíduo passa a sofrer as consequências de decisões tomadas por Estados com os quais não mantém vínculo – de nacionalidade ou qualquer outro –, nos quais não tem participação no processo político, não podendo reputar-se representado na tomada dessas decisões.

Pode-se dizer que a normatização interna reconhecidamente responsável por trazer consequências internacionais é aquela pertinente à identificação dos nacionais do país. Isto é, a legislação interna é que define quem tem o direito à nacionalidade¹⁰. Essa normatização caracteriza todos aqueles que nela deixam de ser enquadrados como não nacionais.

⁶ Nesse ponto, é notável a aprovação, no Brasil, da Lei nº 9.307/1996, nascida na Comissão das Nações Unidas para Direito do Comércio Internacional (Uncitral), reguladora da arbitragem em terras brasileiras. Sobre o tema da arbitragem internacional, cf. GASPAR, R. A. **Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009. (Coleção Atlas de arbitragem).

⁷ HUCK, H. M. **Sentença estrangeira e *Lex Mercatoria***: horizontes e fronteiras do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 38.

⁸ MATIAS, E. F. P. **A humanidade e suas fronteiras do estado soberano à sociedade global**. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 203.

⁹ A chamada crise dos créditos *subprime* veio à tona em meados de 2008, tendo se alastrado pelo mundo por conta de uma profunda ligação entre os mercados mundiais (KEENAN, P. J. Financial globalization and Human Rights. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 46, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1102788>>. Acesso em: 11 abr. 2010).

¹⁰ De acordo com Rozas e Alvarez González: “Desde una primera dimensión, de carácter sociológico, la nacionalidad es expresión jurídica de un hecho social, es decir, la pertenencia de una persona a una comunidad nacional. Sin embargo, para una segunda concepción, que hoy día puede calificarse de dominante, la nacionalidad implica un vínculo entre la persona y el Estado al que se halla sometido.”. (FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; ALVAREZ GONZÁLEZ, S. **Derecho español de la nacionalidad**. Madrid: Tecnos, 1987. p. 19).

O direito à nacionalidade é tido como um direito fundamental¹¹, por isso, também nesse ponto, o Estado sofreu restrições na sua possibilidade de fixar os parâmetros para definição de seus nacionais; é o que se verifica no caso *Nottebohm*. Se, portanto, no plano interno a nacionalidade confere à pessoa um vínculo jurídico que pode ser tido como base para suas atuações legais e sociais internas, ela também oferece importantes consequências no plano internacional, em particular quando se põe em foco a proteção diplomática¹².

Um indivíduo que diligencia por sua inserção em uma comunidade territorial, como o Estado, deve preencher determinados requisitos legais, tanto para obter proteção externa que impeça violações contra os seus direitos – a chamada proteção diplomática, que exige o vínculo de nacionalidade – quanto para garantir uma participação mais rica nos processos democráticos da comunidade escolhida, o que é permitido, em algumas situações, apenas com o porte de visto de permanência¹³. E isso, de maneira indireta, traria reflexos à comunidade mundial pela maior ou menor circulação global de indivíduos.

A ligação tradicional do indivíduo com os Estados, para fins de proteção, tem sido feita, conforme assinalado, por meio do vínculo de nacionalidade¹⁴. Os indivíduos ganham a condição de nacionais de um Estado quando este reconhece o vínculo por determinação da legislação interna. Com relação a pessoas jurídicas, muito embora seja a nacionalidade atributo exclusivo das pessoas físicas, dá-se algo parecido, com a presença de outro tipo de vínculo entre elas e o Estado¹⁵, a consistir essencialmente em uma ligação entre as pessoas jurídicas e o ordenamento jurídico do Estado.

Compreender o conceito de nacionalidade e as normas sobre a sua concessão e perda, além dos dispositivos normativos pertinentes à circulação de não nacionais, conduz

¹¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; ALVAREZ GONZÁLEZ, S. **Derecho español de la nacionalidad**. Madrid: Tecnos, 1987. p. 36.

¹² *Ibidem*, p. 36.

¹³ É o caso dos portugueses com visto permanente no Brasil, que alcançam igualdade de direitos políticos fundada no art. 12, § 1º, da Constituição Federal hodierna.

¹⁴ É oportuna a indicação da leitura sobre o tema da necessidade do vínculo de nacionalidade para que se possa conceder a proteção diplomática a um indivíduo de SLOANE, R. D. Breaking the genuine link: the contemporary international legal regulation of nationality. **Harvard International Law Journal**, v. 50, Winter 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1262877>>. Acesso em: 3 abr. 2010.

¹⁵ De acordo com Rezek: “Todo o substrato social e histórico do instituto da nacionalidade tende a apontar, de modo inequívoco, apenas o ser humano como seu titular. É por extensão que se usa falar em nacionalidade das pessoas jurídicas, e até mesmo em nacionalidade das coisas. No primeiro caso não há negar valor jurídico ao vínculo, apesar de que fundado quase sempre na mera consideração da sede social ou do lugar de fundação da empresa. No segundo, o uso do termo nacionalidade não excede à metáfora. Assim, a constância com que ouvimos referência a aviões brasileiros ou a sociedades brasileiras de capital aberto não nos deve levar a confundir um vínculo político eminente, dotado de amplo lastro na história das sociedades humanas, com mera sujeição de ordem administrativa, mutável ao sabor da compra e venda” (REZEK, J. F. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 180).

à identificação parcial da medida da permeabilidade das fronteiras nacionais de determinado Estado. Como o nacional não pode ser barrado na fronteira, identifica-se, parcialmente, uma restrição de atuação do Estado, que, por sua vez, não pode impedir o ingresso, pois já criou as regras definidoras da nacionalidade.

Também é possível identificar a limitação do direito do Estado em definir as regras sobre a concessão do vínculo a seus nacionais, mudando-se o foco da análise, quando se percebe que ele não pode declarar seus nacionais todos os indivíduos do mundo, consoante explica Santos¹⁶, ao fazer menção ao caso *Buchanan vs. Rucker*, que tramitou perante o Judiciário inglês em 1808, culminando com a declaração expressa que a ilha de Tobago não podia declarar seus nacionais os habitantes do mundo inteiro, por conta da necessidade de efetividade do vínculo, objeto de análise específica no decorrer da presente tese.

Em uma esfera ainda em grande parte pertencente de forma exclusiva ao Estado, as decisões sobre a nacionalidade podem afetar tanto o direito do indivíduo a ter acesso a um protetor quanto o conteúdo substantivo de seus direitos. De fato, se o Estado é essencial para a relação do indivíduo com a sociedade em que se insere, as ações do Estado estão claramente associadas aos direitos garantidos aos indivíduos que a ele se vinculam em face da nacionalidade. Algo identificado de modo mais claro pela análise do rol de direitos, em particular os sociais, garantidos a determinada sociedade nacional.

Além da definição das normas para aquisição do direito à nacionalidade, os Estados reivindicam uma especial prerrogativa para impor aos seus nacionais e indivíduos em seu território domiciliados os encargos exclusivos, relativos, v.g., à tributação, ao serviço militar e à sujeição à jurisdição civil e penal.

A atribuição aos Estados da competência para proteger os indivíduos e proferir as decisões que afetam mais diretamente essa atribuição, dada uma arena mundial descentralizada em que os Estados-nação ainda são os principais participantes oficiais, portanto, devem ser consideradas, em particular se o indivíduo não tem um Estado como protetor, o que pode ser visto como aspiração da comunidade para efetivação de direitos humanos por meio da atuação Estatal.

A esse propósito, faz-se oportuno destacar que é mediante a nacionalidade que o Estado delimita o âmbito de sua competência pessoal sobre uma população de indivíduos permanentes e estáveis em seu território e também fora dele, tanto em áreas que façam

¹⁶ SANTOS, A. M. dos. **Estudos de direito da nacionalidade**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 281.

parte de outro território, na sua competência extraterritorial, quanto em regiões de domínio público internacional, como o alto mar e partes da Antártica¹⁷.

O apátrida, a pessoa sem filiação formal a um corpo político, é, nesse sentido, identificado como um pária internacional, uma pessoa “desprotegida”, que enfrenta privações por não receber o amparo de um Estado – privações que são graves e abrangentes, muito além daquelas comuns aos estrangeiros. O apátrida conta com pouca ou com nenhuma proteção, tanto interna quanto internacionalmente, contra a decisão estatal, que lhe é imposta, pois tem nenhum ou reduzido espaço de participação política.

Os estrangeiros, com nacionalidade de algum outro Estado, também sofrem restrições de direitos, mesmo tendo, em tese, um protetor no cenário internacional, que pode mostrar-se fraco ou não ter interesse geopolítico de defender o seu nacional pelo caminho da proteção diplomática.

Da mesma forma, em algumas situações, o indivíduo enfrenta obstáculos administrativos e complexidades jurídicas para ter reconhecida sua nacionalidade e, depois disso, para que o Estado que lha concede venha a protegê-lo no âmbito internacional, podendo, dessa forma, também passar por privação dos direitos concernentes ao mérito do seu pedido.

As práticas dos Estados na atribuição ou recusa de nacionalidade e os procedimentos por eles estabelecidos para isso podem, de fato, afetar diretamente não só o acesso a um protetor, mas também a quantidade e a qualidade da participação em todos os processos decisórios internos, formadores da cidadania.

Emerge daí a necessidade de que, na investigação sobre privações reais e potenciais dos direitos humanos, seja feito um exame detalhado sobre a lógica da decisão acerca das práticas e procedimentos de concessão e de recusa da nacionalidade, ou, ainda, sobre a permissão ou proibição de entrada em território estrangeiro, o que, em linhas gerais, determinará o grau de permeabilidade do Estado para ingresso de não nacionais.

Os indivíduos que, em contraste com o apátrida, são reivindicados por mais de um Estado, ou seja, que tenham nacionalidade de várias nações, os chamados polipátridas,

¹⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; ALVAREZ GONZÁLEZ, S. **Derecho español de la nacionalidad**, p. 39: “[...] el ámbito de su competencia personal sobre una población de individuos permanentes y estables en su territorio e, incluso, fuera de él, tanto en áreas que no formen parte del territorio de otros Estados (alta mar, partes de la Antártida, espacio ultraterrestre, etc.), como en el territorio de otros Estados dentro de la denominada competencia extraterritorial del Estado”.

usufruem das vantagens de maior proteção. Eles também recebem, porém, maior quantidade de responsabilidades, sendo submetidos a cargas maiores de deveres a serem cumpridos, tais como as questões relativas a serviço militar, tributação e sujeição à jurisdição.

Daí que a nacionalidade tenha grande relevância para o Direito Internacional, podendo ser identificada como essencial na relação entre indivíduos e Estados, sendo base, conforme observado, *v.g.*, para a concessão da proteção diplomática. Nas palavras de Rubio Carracedo et al.¹⁸, em que se defende que a democracia como soberania popular exige a abertura de um espaço de debate público e o exercício da aproximação dos grupos, o que deve ser visto como mais do que a simples tolerância entre eles, porém, destaca que a nacionalidade é a resposta para se determinar quem faz parte desses grupos que merecem ser ouvidos na discussão política.

A permeabilidade das fronteiras nacionais deve ser vista não apenas como os caminhos fáceis, em que palavras e imagens se movem em uma internet não limitada por restrições geográficas, mas também pelo movimento de pessoas pelas fronteiras nacionais do mundo real.

No começo do século XX, segundo Benhabib e Resnik¹⁹, quase 2% da população mundial – 33 milhões do total de 1,7 bilhão de pessoas – vivia na situação de migrantes, enquanto que, no ano 2000, cerca de 175 milhões de pessoas viviam como estrangeiros, de um total de 6 bilhões de pessoas no mundo. Isso eleva o percentual para algo bem próximo dos 3% da população mundial vivendo como migrantes, além do sensível aumento em números absolutos.

A presente pesquisa, que versa sobre a permeabilidade das fronteiras nacionais e sobre os fundamentos das decisões dos Estados, mostra-se relevante, pois, nos últimos 30 anos do século XX, cerca de 75 milhões de pessoas saíram dos países em que viviam – como estrangeiros ou como nacionais – e foram viver em outros locais do globo. O

¹⁸ RUBIO CARRACEDO, J. ROSALES, J. M.; TOSCANO MÉNDEZ, M. **Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos**. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 97. (Colección Estructuras y procesos): “Si pensamos en la democracia como soberanía popular, también parece claro que la apertura de un espacio de debate público y el ejercicio de la acción colectiva ya no permiten el aislamiento de cada grupo en su enclave y exigen algo más que la mera tolerancia entre comunidades; requieren un nuevo sentido de comunidad y solidaridad entre los individuos que componen el cuerpo político. La nueva legitimidad democrática remite a una comunidad de ciudadanos capaces de afirmar ‘We, the people’, por lo que surge necesariamente la cuestión de quiénes constituyen ese ‘nosotros’ y cómo se define esa identidad colectiva. [...] la nacionalidad es la respuesta moderna a esta clase de cuestiones.”

¹⁹ BENHABIB, S.; RESNIK, J. **Migrations and mobilities: citizenship, borders, and gender**. New York: NYU Press, 2009. p. 1.

migrante, então, é definido como aquele que deixa um Estado para se fixar permanentemente em outro²⁰.

Nesse contexto, avulta o tema da universalidade, como fundamento para o direito de circulação das pessoas pelo mundo. Procura-se, então, entender se a nacionalidade pode ser fundamento para impedimento de ingresso em outro país e em que situações isso pode ocorrer²¹.

De fato, é preocupante a relação entre a universalidade dos direitos humanos e a impossibilidade da livre circulação de pessoas pelo mundo, em especial nos casos em que o impedimento de entrada se faz como total restrição a direitos.

A entrada de estrangeiros em território, no entanto, como será desenvolvido, deve ser uma decisão do Estado receptor. Afora os casos de proteção de refugiados, cristalizada em tratado internacional, a permeabilidade das fronteiras nacionais está ligada à possibilidade de efetivação de direitos sociais, o que justifica a necessidade de se reservar ao Estado a decisão relativa à entrada de estrangeiros em seu território, o que, em essência, deve ser entendido como uma decisão que envolve recursos escassos, com profundas conexões com a discussão referente a Direito e Economia (*Law & Economics*), constituindo uma decisão trágica, conforme identificado por Calabresi e Bobbitt²² e por Elster²³.

Essa decisão, porém, necessita revestir-se de racionalidade, pois, caso isso não ocorra, os estrangeiros podem ser escolhidos aleatoriamente, em procedimento que deve ser rechaçado pelo Direito. Entender a relação entre universalidade e imigração, à luz da necessária logicidade, e contribuir com uma forma de controle das decisões estatais de ingresso ou não de estrangeiros deve nortear a evolução da discussão a partir deste momento.

A relação entre migração, cidadania e direito de ter direitos merece ser discutida, a fim de que sejam enfrentadas as questões vislumbradas e apontadas há pouco, para o que se mostra necessário o teste das hipóteses levantadas, por meio da análise de casos concretos.

²⁰ GARNER, B. A. **Black's Law Dictionary**. 8th ed. New York: Thomson West, 2004. p. 69.

²¹ RUBIO CARRACEDO, J. ROSALES, J. M.; TOSCANO MÉNDEZ, M. **Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos**, p. 103.

²² CALABRESI, G.; BOBBITT, P. **Tragic choices**. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

²³ ELSTER, J. **Local Justice**: how institutions allocate scarce goods and necessary burdens. New York: Russell Sage Foundation Publications, 1993.

O que se pode asseverar, de início, é que a regulação da migração reflete, em cada país, a opinião pública e a atitude política em relação ao estrangeiro²⁴. Em alguns Estados, ela é complexa e suas peças nem sempre se encaixam bem, podendo mudar constantemente; em outros, há uma regulação razoável, com clara normatização que se mantém por longos períodos. A criação de um sistema, ou uma logicidade, mostra-se como um desafio que se depara com um enigma difícil de ser desvendado em termos jurídicos, mas de fácil inteligibilidade na seara política, representada pela tentativa de se buscar o fundamento para a decisão estatal distanciada da lógica jurídica, mas próxima das influências políticas e dos humores das relações internacionais.

É certo, todavia, que o debate sobre a migração tem sido constantemente incentivado por acontecimentos dramáticos mostrados pela mídia impressa e televisiva, como a imagem de cubanos indo para a costa da Flórida no êxodo de Mariel, em 1981, ou a debandada de dezenas de milhares de haitianos também para a Flórida, aglomerados em embarcações frágeis, e fazendo pedidos de refúgio. Ou, ainda, os decorrentes das dificuldades enfrentadas, desde 2008, por brasileiros que tentaram ingressar, às vezes, como simples turistas, em especial na Espanha.

Nas imagens da noite de Réveillon no México²⁵ (2007/2008), via-se que, sob uma enorme faixa com os dizeres “*Sin maíz no hay país*” (“sem milho não há país”), milhares de lavradores formaram uma corrente humana em Ciudad Juárez, na fronteira com os Estados Unidos. Fazia catorze anos da assinatura do Acordo de Livre-Comércio Norte-Americano (NAFTA), estabelecido em 1º de janeiro de 1994 entre Canadá, México e Estados Unidos. O impacto, no entanto, para a circulação de pessoas fora mínimo, enquanto se via um crescimento da circulação de produtos agrícolas, objeto daqueles protestos.

²⁴ Nesse sentido, ALEINIKOFF, T. A. **Citizenship policies for an age of migration**. Washington, D.C: Carnegie Endowment for International Peace, 2002. p. 37.

²⁵ Sobre o México, também merece destaque a análise feita por Ngai, acerca da expulsão, em 2001, de um mexicano de 39 anos, que vivia, depois de mais de vinte anos morando nos Estados Unidos, por conta de três condenações criminais no Estado do Texas, nos seguintes termos: “In 2001 the United States Immigration and Naturalization Service ordered Rosario Hernandez of Garland, Texas, deported to his native Mexico. Hernandez, a 39-year-old construction worker, had immigrated to Texas from Guadalajara, Mexico, when He was a teenager. His removal was ordered on grounds that he had been convicted three times for driving while intoxicated – twice nearly twenty years ago and once ten years later.” (NGAI, M. M. *Impossible subjects: illegal aliens and the making of modern America*. New Jersey: Princeton University Press, 2005. p. 1).

A imigração também é identificada nas imagens dos ataques de 11 de setembro de 2001 contra o World Trade Center e o Pentágono, pois eles supostamente foram realizados por sequestradores que ingressaram nos Estados Unidos, por via legal, como imigrantes²⁶.

Após os ataques, passou a fazer parte dos textos publicados nos Estados Unidos, inclusive no mundo acadêmico, a preocupação com a criação, pelo Congresso estadunidense, de um sistema racional para selecionar as categorias de pessoas cuja admissão irá servir os interesses, em particular os econômicos, do país que recebe os imigrantes²⁷.

Com base nisso, pode-se afirmar que o que diferencia o nacional do estrangeiro ou do apátrida é, como se sabe, a nacionalidade. Desde os primórdios do direito internacional clássico, originado convencionalmente com a Paz de Westphalia, de 1648, a nacionalidade tem sido um suporte essencial do sistema. De fato, como os Estados eram os únicos sujeitos de direito internacional, a nacionalidade tornou-se um conceito jurídico indispensável, pois permitia a construção do elo entre o indivíduo e o direito das nações²⁸.

A nacionalidade é a mediadora dos direitos e obrigações dos indivíduos em relação aos Estados em diversas áreas, incluindo a proteção diplomática, a guerra, a responsabilidade do Estado e a extradição²⁹; no entanto, a nacionalidade tem um conteúdo de difícil definição, descrito por Holmes como possuidora de variações múltiplas, dependendo do tempo em que é usada³⁰, pois definido de modo individual, por Estado, pode sofrer alterações por conta das necessidades políticas de cada país³¹.

Ocorre, portanto, que, conquanto a nacionalidade possua papéis vitais no direito internacional, tendo em vista que os Estados podem, v.g., criar leis que regem os seus nacionais e defender os seus direitos, como no caso da proteção diplomática, as

²⁶ GUIBAN, C. Of September 11, Mourning and cosmopolitan politics. **Constellations: An International Journal of Critical & Democratic Theory**, v. 16, n. 4, p. 563-578. DOI: Article, 2009.

²⁷ GREENWOOD, M. J.; HUNT, G. L. The early history of migration research. **International Regional Science Review**, v. 26, n. 1, p. 3-37. DOI: 10.1177/0160017602238983, 2003. p. 21.

²⁸ JONES, M. Lies, damned lies and diplomatic assurances: the misuse of diplomatic assurances in removal proceedings. **European Journal of Migration & Law**, v. 8, n. 1, p. 9-39. DOI: Article, 2006.

²⁹ JENNINGS, Robert; WATTS, Arthur (Eds.). **Oppenheim's International Law**, n. 849, 857-859., 9th ed. 1992); BROWNLIE, I. **Principles of Public International Law**, n. 374, 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.

³⁰ Foi o que declarou no caso *Towne v. Eisner*, 245 U.S. 418, 425 (1918).

³¹ Sobre a extradição à luz da legislação brasileira, cf. GRAMSTRUP, Erik Frederico ; HENRIQUE, Luciana Alves ; FLORESTANO, Miguel ; OLIVEIRA, Roberto Silva ; JUCOVSKY, Vera Lucia . Da Extradição. In: Wladimir Passos de Freitas. (Org.). *Comentários ao Estatuto do Estrangeiro e Opção de Nacionalidade*. 1a ed. Campinas-SP: Millennium, 2006.

consequências legais mais importantes da nacionalidade permanecem no âmbito interno³², envolvendo, essencialmente, os direitos de que dispõem os nacionais e as obrigações a que são sujeitos pelo Estado que lhes confere esses direitos.

O direito internacional, em parte por essa razão³³, oferece ampla margem aos Estados para conferir a nacionalidade. A Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), por seu turno, declarou, no Caso dos Decretos de Nacionalidade da Tunísia e Marrocos, que a nacionalidade pertence a um domínio de competência legal reservada à lei interna, embora possa ser limitada por obrigações decorrentes do direito internacional³⁴.

Para além dos limites do tratado bilateral, no entanto, os esforços destinados a codificar no âmbito internacional a nacionalidade em rigor incluem não mais que afirmações vagas como, v.g., a de que “o poder de um estado para conferir a sua nacionalidade não é ilimitado”³⁵, como aconteceu em tentativa de codificação do direito da nacionalidade no âmbito internacional, cujo projeto foi publicado no *American Journal of International Law*, em 1929. A Convenção de Haia de 1930, pontualmente, estipulava que cabia “a cada Estado determinar, sob sua própria legislação, quem são os seus cidadãos”, mas que as normas internas do Estado sobre nacionalidade devem estar de acordo com as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios³⁶ de direito em geral reconhecidos em matéria de nacionalidade, conforme será exposto adiante.

É o que determina o art. 3º, nº 2, da Convenção Europeia sobre Nacionalidade³⁷. Como se percebe, a nacionalidade não possui uma clara regulação pelo direito internacional: ela permeia o sistema jurídico internacional, porém, esse relega o seu sistema de definição e regulação, com raras exceções, de forma quase invariável, aos diversos ordenamentos jurídicos internos.

O fato apontado decorre do papel tradicional da nacionalidade como a intermediária entre o indivíduo e o Estado, sendo, portanto, indispensável a muitas áreas do direito

³² Nottebohm (Liech. v. Guat.), 1955, CIJ 4, 20.

³³ A Corte Internacional de Justiça declarou, no caso Nottebohm, que a diversidade de condições demográficas torna impossível uma regulação única para a nacionalidade (Caso Nottebohm, 1955, p. 23).

³⁴ Decretos de Nacionalidade da Tunísia e Marrocos, Opinião Consultiva, 1923, CPJI, n. 4; ver também opinião consultiva da CPJI, n. 7, 1923.

³⁵ The Law of Nationality, art. 2, 23 AM. J. INT’L L. SPEC. SUPP. 11, 13 (1929).

³⁶ Cf. MENEZES, Wagner. Os Princípios do Direito Internacional. In: Paulo Borba Casella; André de Carvalho Ramos. (Org.). Desafios do Direito Internacional Contemporâneo. 1 ed. São paulo: Quartier Latin, 2009

³⁷ Art. 3º, nº 2, da Convenção Europeia sobre Nacionalidade, de 1997, que entrou em vigor em março de 2000.

internacional³⁸. Nesse passo, os Estados podem, v.g., defender as reivindicações dos nacionais – mas somente dos seus nacionais³⁹ –; determinar o direito de exercer jurisdição extraterritorial sobre os seus nacionais⁴⁰ e, cada vez mais, sobre aqueles que causam danos aos cidadãos nacionais; além de fazer valer o direito humanitário aos seus cidadãos, que contam com proteção que lhes foi conferida pelas Convenções de Genebra⁴¹.

Com a construção do direito internacional dos direitos humanos, é possível identificar a criação de obrigações para os Estados em relação aos seus próprios nacionais. Também é possível verificar a importância da nacionalidade no regime internacional contemporâneo para a proteção dos refugiados, além da sua relevância no tocante à proteção dos investidores estrangeiros, amparados por uma espécie de central de investidor, que restringe a competência dos Estados para regular temas alusivos aos investimentos estrangeiros^{42 43}.

Na contemporaneidade, são identificados instrumentos que fornecem a proteção de fundo para investimentos estrangeiros, incluindo, v.g., tratados bilaterais de investimento – os chamados BITS⁴⁴.

O direito internacional ainda não tem, todavia, com raras exceções, um grupo de normas destinado a controlar a competência, até o momento, soberana dos Estados para definir as regras internas sobre a nacionalidade. O direito internacional clássico se refere à atribuição da nacionalidade como uma questão de direito interno, somente sujeita a limitações baseadas na vontade, pois trazidas por um tratado e, em certa medida, também por costumes e por princípios gerais, conforme apontado aqui.

Em 1923, a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) determinou que “em princípio” a nacionalidade deveria permanecer no “domínio reservado” da competência jurídica nacional, embora os Estados pudessem voluntariamente aceitar as limitações impostas pelo tratado⁴⁵.

³⁸ RUBENSTEIN, K.; ADLER, D. International Citizenship: the future of nationality in a globalised world. **SSRN eLibrary**. 2000, p. 519, 525. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=231675>>. Acesso em: 3 abr. 2010.

³⁹ *Panevezys-Saldutiskis Railway (Est. v. Lith.)*, 1939 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 76, 16 (Feb. 28) a intervenção do estado é admitida apenas para proteção de seus nacionais.

⁴⁰ Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States § 402(2) (1987).

⁴¹ Convenção de Genebra (IV) sobre a proteção de civis em tempo de guerra (1949) – art. 4.

⁴² Convenção sobre Solução de Controvérsias sobre Investimentos Estrangeiros (ICSID) – art. 25.

⁴³ Sobre o direito do desenvolvimento e os investimentos estrangeiros, cf. PERRONE-MOISÉS, C. . *Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

⁴⁴ V.g., o tratado entre Estados Unidos e Argentina sobre a proteção recíproca de investimentos, de 1991.

⁴⁵ Decretos de Nacionalidade da Tunísia e Marrocos, Opinião Consultiva da CPJI, 1923 (ser. B) n. 4.

A mesma Corte, em parecer sobre nacionalidade polaca, confirmou em 1923 que, “em geral, é verdade que um Estado soberano tem o direito de decidir quais as pessoas que devem ser consideradas como seus nacionais”; porém, não é menos verdade que esse princípio é aplicável apenas àqueles vinculados às normas convencionais a esse respeito⁴⁶.

Com esteio na “regra geral” definida no caso da nacionalidade polonesa, os argumentos da CPJI denotavam o propósito de se referir não só às limitações que o Estado pode aceitar voluntariamente por meio de acordos com outros Estados, mas também às limitações a eles impostas sobre a liberdade de um Estado para determinar a nacionalidade dos indivíduos.

Dessa maneira, o costume e os princípios gerais, e não apenas obrigações decorrentes do Tratado, construiriam o limite de domínio reservado à competência dos Estados para conferir nacionalidade⁴⁷. Mas o argumento não especificou a natureza ou o conteúdo desses limites.

Em 1929, consoante explanado em ponto específico deste estudo, pesquisas na Faculdade de Direito de Harvard culminaram com um projeto de convenção e comentários sobre a regulamentação internacional da nacionalidade⁴⁸.

O projeto de convenção, nascido dos estudos de Harvard, já estipulava, em 1929, que cada Estado pode, por sua legislação interna, determinar quem são os seus nacionais, sob reserva das disposições previstas no tratado especial de que o Estado pode ser parte. Segundo o direito internacional, no entanto, o poder de um Estado para conferir a sua nacionalidade não é ilimitado, voltando-se, assim, para a vagueza de conteúdo dos conceitos e dos limites.

Percebe-se, com isso, que a interferência do direito internacional na regulação interna da nacionalidade é bastante modesta. Faz-se oportuno trazer a lume exemplo citado por Sloane⁴⁹, sobre a liberdade que os Estados possuem no tocante à concessão da nacionalidade, no qual, ao término da Revolução Bolchevique, a Rússia se propôs a conceder a nacionalidade russa a todos os trabalhadores do mundo.

⁴⁶ Nacionalidade Polaca, Opinião Consultiva da CPJI, 1923 (ser. B) n. 07.

⁴⁷ V.g., o já citado caso dos Decretos de Nacionalidade da Tunísia e Marrocos.

⁴⁸ The Law of Nationality art. 2, 23 AM. J. INT’L L. SPEC. SUPP. 11, 13 (1929).

⁴⁹ SLOANE, R. D. Breaking the genuine link: the contemporary international legal regulation of nationality. **Harvard International Law Journal**, v. 50, Winter 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1262877>>. Acesso em: 3 abr. 2010.

Nessa situação, é identificável a grande margem de manobra entregue aos Estados, pois pode ser difícil precisar as limitações que existem na legislação internacional sobre o poder de um Estado para conferir a sua nacionalidade. É óbvio que algumas limitações não existem. Em tese, um Estado poderia conceder a sua nacionalidade para qualquer pessoa, ainda que com ela não tivesse nenhuma relação⁵⁰. A limitação, no entanto, apareceu no caso *Nottebohm*⁵¹, porém, sem força suficiente para alterar de forma clara o direito internacional, restringindo-se a determinar que a nacionalidade deveria ser contínua e efetiva, como adiante será discutido.

Reitera-se que a presente investigação objetiva focar as relações entre Estado e indivíduo nascidas do direito de nacionalidade e da condição de migrante, com o propósito de emprestar logicidade à decisão que permite a entrada de migrantes no território do Estado, além de identificar níveis de permeabilidade das fronteiras nacionais.

Entende-se que a liberdade total do Estado para definir quem entra em seu território desapareceu com o surgimento dos tratados internacionais de direitos humanos. Identificar os limites da decisão do Estado e entender se é possível criar padrões para tais decisões constitui, pois, o principal foco da presente tese.

⁵⁰ Sobre a existência de limitações ao poder do Estado de determinar as regras definidoras de seus nacionais, é oportuno citar a Convenção para o Estatuto dos Apátridas, de 1954, e a Convenção para a Redução dos Casos de Apátridia, da OEA, de 1961.

⁵¹ SLOANE, R. D. Breaking the Genuine link: the contemporary international legal regulation of nationality. **Harvard International Law Journal**, v. 50, Winter 2009.

2 A NACIONALIDADE E A CRISTALIZAÇÃO DO OUTRO NO DIREITO INTERNACIONAL

O *Correio Popular*⁵², um jornal da cidade de Campinas, noticiava, em 2009, a preocupação da administração pública desse município com a vinda de moradores de rua para o seu território. Eles viriam de outros municípios e, na visão da municipalidade campineira, deveria haver atuação do Ministério Público com o propósito de responsabilizar as administrações públicas de outras cidades que encaminham para Campinas os moradores de rua e para impedir que novas pessoas cheguem à cidade. Segundo a notícia, o secretário municipal dos negócios jurídicos:

“[...] quer reunir provas que indiquem ‘má fé’ de administrações das cidades que **exportam** os moradores de rua. ‘Podemos protocolar ações no Ministério Público, já que essa atitude denuncia mau uso da verba federal que cada cidade recebe para aplicar no setor’, explicou. Ele garantiu que Campinas está apurando os municípios suspeitos e que outra alternativa seria recorrer judicialmente para ter garantias de veto à ação ilegal de vizinhos.” (grifo do autor)

Em 9 de abril de 2010, uma rádio, também da cidade de Campinas, trazia uma notícia similar, na qual o município de Americana era acusado de ter enviado pelas linhas normais de ônibus outros moradores de rua com destino a Campinas.

Realidade bastante semelhante com os desentendimentos entre França e Itália, no episódio dos tunisianos em Ventimiglia, cidade italiana. Em abril de 2011, o governo francês decidiu impedir o ingresso, em seu território, de tunisianos, com autorização de entrada dada pela Itália. O fato foi entendido como violação ao acordo de Schengen,⁵³ pelo qual se permite a livre circulação de pessoas pelo bloco, desde que tenham, no caso de estrangeiros, passado pelo controle migratório de um dos países da Comunidade Europeia⁵⁴.

Esses casos, apesar de representarem um microcosmo, mostram que a exclusão não atinge apenas os estrangeiros. A exclusão ataca aqueles que são identificados como “outros”⁵⁵, que, para a efetivação de direitos sociais, são aqueles que não podem contribuir

⁵² EXPORTANDO moradores de rua. *Correio Popular*, Campinas, 25 nov. 2009, Cidades, p. A5.

⁵³ CONVEY, A.; KUPISZEWSKI, M. Keeping up with Schengen: migration and policy in the European Union. *International Migration Review*, v. 29, n. 4.

⁵⁴ TRAUNER, F.; KRUSE, I. EC Visa facilitation and readmission agreements: a new standard EU Foreign Policy Tool? *European Journal of Migration & Law*, v. 10, n. 4, p. 411-438. DOI: Article, 2008.

⁵⁵ BENHABIB, S. *The Rights of others: aliens, residents, and citizens*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 37.

para ampliar a gama de recursos visando a satisfação desses direitos. Os índios americanos alcançaram o direito pleno à nacionalidade estadunidense apenas em 1924⁵⁶.

Com o mesmo fundamento, ou seja, o de ser entendido como parte dos “outros”, o estrangeiro é visto como aquele que não vai contribuir, porém, vai usufruir dos direitos sociais ou das oportunidades reservadas antes apenas aos nacionais, consistindo nisso os seus objetivos principais para a busca da entrada em território estrangeiro, conforme Honig⁵⁷, que expressa sua preocupação quanto à solução do problema da condição de ser estrangeiro, o que envolveria democracia e cidadania. Honig reconhece que há várias soluções propostas, porém, em todos os casos, a questão é tratada como “problema”.

Segundo os dados estatísticos disponíveis, tanto de forma absoluta quanto relativa, nunca houve uma quantidade tão grande de migrantes internacionais como a que existe hoje e o número deles decerto está num crescente⁵⁸. Quase todos os países do mundo são e continuarão sendo afetados pelo aumento da circulação de pessoas pelo globo.

Um Estado se posiciona no cenário internacional por sua política de migração⁵⁹, pois, não apenas demonstra a visão que o Estado tem de si mesmo, mas apresenta sinais da sua posição no mundo e seu relacionamento com outros Estados, o que leva a crer que a política exter tem clara vinculação com a política de imigração.

É crucial entender, no entanto, que a migração está ligada umbilicalmente a outras importantes questões globais, como pobreza, desenvolvimento e direitos humanos. Apesar

⁵⁶ Para uma análise interessante do tema, conferir Spiro, ao expor a preocupação sobre a nacionalidade do indígena norte-americano, nos seguintes termos: “[...] was the question how the Citizenship Clause applied to Native Americans. In this context the qualifying phrase ‘subject to the jurisdiction thereof’ created the ambiguity. In *Elk v. Wilkins*, the Court found Indians not constitutionally entitled to birth citizenship. The Court characterized Indians as owing ‘immediate allegiance to their several tribes,’ and thus they ‘were not part of the people of the United States.’ Congress, however, subsequently extended birth citizenship to Native Americans by statute in 1887 to those not living on tribal lands and in 1924 to all Native Americans.” (SPIRO, P. J. **Beyond citizenship**: American identity after globalization. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 13).

⁵⁷ HONIG, B. **Democracy and the foreigner**. New Jersey: Princeton University Press, 2003. p. 1: “‘How should we solve the problem of foreignness?’ The question underlies contemporary discussions of democracy and citizenship. Proposed solutions vary. Political theorists deliberate about whether or to what extent social unity is necessary to sustain social democracy. Courts rule on the extent of government’s obligations to its noncitizen residents. Economists debate the costs and benefits of immigration. Sociologists argue about the (in)effectiveness of multilingual education. But, notwithstanding their differences, participants in contemporary debates about foreignness all reinscribe foreignness as a ‘problem’ that needs to be solved by way of new knowledge, facts, or politics. In so doing, they reiterate the question that has dominated political theory for centuries.”

⁵⁸ MEYER, M. **The year that changed the world**: the untold story behind the fall of the Berlin Wall. New York: Scribner, 2009. p. 7.

⁵⁹ NGAI, M. M. **Impossible subjects**: illegal aliens and the making of modern America, p. 9: “Immigration policy not only speaks to the nation’s vision of itself, it also signals its position in the world and its relationships with other nation-states. At one level this means that foreign policy invariably becomes implicated in the formulation of immigration policy.”

da visão negativa que despertam nos nacionais, os migrantes, segundo Koser⁶⁰, são os membros mais empreendedores e dinâmicos da sociedade em que vivem. O autor aduz também que, historicamente, a migração sustentou o crescimento econômico e a construção da nação, além de ser responsável pelo enriquecimento de várias culturas, v.g., como aconteceu com o Brasil e com os Estados Unidos.

A migração também traz consigo questões desafiadoras, pois há várias formas de exploração abusiva dos indivíduos, que, por experimentarem grande dificuldade de inserção social no seu destino, acabam tendo violados os seus direitos fundamentais, trabalhando ou vivendo em ambientes degradantes. O outro lado da moeda é o fato de que a migração traz privações aos países de origem dessas pessoas, que deixam de contar com suas habilidades e competências, podendo, dessa maneira, gerar lacunas nos países de onde elas saíram.

A condição de migrante é determinada por a pessoa se encontrar – ou tentar ingressar – em Estado com o qual não possui o vínculo de nacionalidade⁶¹, definido, como se sabe, pelo Estado soberano, o qual, de fato, tem a possibilidade de regular o trânsito de estrangeiros por suas fronteiras. Esse Estado alcança, para tanto, amparo no Direito Internacional que reconhece aos Estados soberanos o direito de regular ou proibir a entrada de estrangeiros em seu território⁶². Segundo Castles e Miller⁶³, a migração é um processo que afeta toda dimensão social existente e que se desenvolve na sua própria dinâmica complexa.

Na esteira de Castles e Miller⁶⁴, é interessante notar que 97% da população mundial não é migrante, porém, sofre os reflexos da migração, pois suas comunidades são alteradas por esse processo.

Encontrar o fundamento jurídico para a decisão de permissão ou proibição de entrada do estrangeiro faz parte do objetivo do presente trabalho, porém, é fundamental

⁶⁰ KOSER, K. **International Migration**: a very short introduction. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 24.

⁶¹ Sobre o processo migratório, “the concept of the migratory process sums up the complex sets of factors and interactions which lead to international migration and influence its course” (CASTLES, S.; MILLER, M. J. **The age of migration**. International Population Movements in the Modern World. 4th ed. New York: The Guilford Press, 2009. p. 21).

⁶² VALS, P. La nacionalidad. **Revista de Derecho Puertorriqueño**, Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico, v. 19, p. 135-240. 1981. p. 189.

⁶³ CASTLES, S.; MILLER, M. J., op. cit., p. 21, conforme texto original do autor: “Migration is a process which affects every dimension of social existence, and which develops its own complex dynamics.”.

⁶⁴ Ibidem, p. 21.

que seja apresentada uma breve construção do direito de nacionalidade e, por consequência, dos reflexos dela na vida do migrante.

A aludida construção pode servir também para se entenderem os motivos pelos quais, em algumas situações, a regulação trazida pelo Estado soberano pode se alterar por acordos entre Estados, que visam aumentar a proteção a seus nacionais em outros territórios⁶⁵.

Com base nesses acordos, muitas vezes bilaterais, cada Estado partícipe terá, no território alheio, embaixadores e funcionários consulares em quem os seus cidadãos podem procurar apoio, caso enfrentem problemas jurídicos no país acreditado. Esses agentes têm, então, como proteger seus compatriotas contra perseguição ou eventual tratamento injusto⁶⁶.

Desde a construção básica do direito internacional clássico, que se originou no início do chamado direito público europeu – conforme salientado, convencionalmente datada da Paz de Westphalia, de 1648 –, a nacionalidade foi um suporte essencial do sistema⁶⁷, pois permitia a construção do vínculo entre os indivíduos e os Estados. Como os Estados sempre foram tidos como os principais sujeitos do direito internacional, a nacionalidade tornou-se um conceito jurídico indispensável, formando, consoante assinalado por Jones⁶⁸, “o elo entre o indivíduo e o direito das nações”.

O aludido elo permite mediar os direitos e obrigações derivados dos indivíduos em relação aos atos dos Estados em diversas áreas, incluindo a proteção diplomática, a guerra, a responsabilidade do Estado, a competência e extradição. E sua construção ocorreu exatamente nesse sentido.

Para bem entender o surgimento do elo de nacionalidade, é salutar compreender um período importante da história ocidental. Os sessenta anos que antecederam a Primeira Guerra Mundial testemunharam um momento decisivo de transformação no sistema do Estado europeu.

⁶⁵ Imperioso, neste ponto, destacar que a pesquisa em migração é necessariamente interdisciplinar, p 21): “Research on migration is therefore intrinsically interdisciplinary: sociology, political science, history, economics, geography, demography, psychology, cultural studies and law are all relevant.”

⁶⁶ DE CUÉLLAR, J. P. **Manual de derecho diplomático**. México: Fondo de Cultura Económica 1997. p. 32.

⁶⁷ SLOANE, R. D. Breaking the Genuine link: the contemporary international legal regulation of nationality. **Harvard International Law Journal**, v. 50, Winter 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1262877>>. Acesso em: 3 abr. 2010.

⁶⁸ JONES, M. Lies, Damned lies and diplomatic assurances: the misuse of diplomatic assurances in removal proceedings. **European Journal of Migration & Law**, v. 8, n. 1, p. 230, 239.

As unificações italiana e alemã, a expulsão dos otomanos do sudeste da Europa, a destruição dos três impérios ainda restantes (austriaco, alemão e russo), como vítimas da guerra, a sua substituição por um grupo de Estados sucessores desde o Báltico até os Balcãs alteraram completamente a face da Europa, que assistiu aos últimos Estados dinásticos darem lugar aos Estados-nação.

Com o fim da Primeira Guerra Mundial, para os europeus, a reconstrução do continente com base no surgimento dos Estados-nação era perfeitamente compreensível. Estabelecer os princípios da autodeterminação e da democracia seria contribuir para a paz e para a prosperidade, em especial, resolvendo o problema das nacionalidades que haviam causado sérios desafios e confusões no passado.

Em 22 de setembro de 1924, a Quinta Assembleia da Liga das Nações editou uma Resolução que abriu espaço para criação, por seu Conselho, do Comitê de Especialistas para a Progressiva Codificação do Direito Internacional. O Conselho criou o referido Comitê em 11 de dezembro de 1924, conforme publicação de fevereiro de 1925⁶⁹.

O trabalho desse Comitê fez que a Assembleia da Liga das Nações, em 1927, determinasse a criação de uma Conferência para Codificação do Direito Internacional, deixando claro que um dos temas a serem abordados por ela deveria ser o da codificação das normas sobre a nacionalidade e determinando um cronograma de reuniões para discussão do tema para 1928 e início de 1929.

Com base nesses trabalhos, em abril de 1929, veio à tona um projeto de codificação das normas sobre nacionalidade, que, já em seu art. 1º, trazia um conceito de nacionalidade que a identificava como o vínculo entre o indivíduo e o Estado por meio da fidelidade ou submissão.

Far-se-á, a seguir, uma breve análise do surgimento do projeto de convenção sobre a nacionalidade.

⁶⁹ *League of Nations Official Journal*.

2.1 A batalha perdida da Liga das Nações pela codificação do Direito Internacional da Nacionalidade

Em 22 de setembro de 1924, a Quinta Assembleia da Liga das Nações decidiu iniciar a construção de um projeto de codificação do direito internacional. Para que essa determinação fosse cumprida, o Conselho da Liga das Nações criou o Comitê de Especialistas para a Codificação Progressiva do Direito Internacional⁷⁰, que se reuniu em Genebra, em abril de 1925, em janeiro de 1926 e em final de abril de 1927, tendo selecionado 11 temas para serem discutidos, com a consequente elaboração do respectivo tratado internacional. Para cada tema, criou-se um subcomitê, que ficaria responsável pela redação do projeto de tratado.

O Comitê respondia diretamente ao Conselho da Liga das Nações e declarou, em junho de 1927, que, após vários estudos e trocas de informações, sete entre os temas escolhidos em 1924 estavam prontos para codificação.

Na Oitava Assembleia da Liga das Nações, em setembro de 1927, foi indicada, para acontecer em 1929, a realização de uma Conferência Internacional de Codificação do Direito Internacional, que, inicialmente, deveria cuidar de três temas: 1. nacionalidade; 2. águas territoriais; e 3. responsabilidade internacional do Estado por danos causados a estrangeiros⁷¹.

A Faculdade de Direito de Harvard ficou encarregada de organizar as pesquisas para se elaborar um texto a ser submetido aos membros do Comitê de Especialistas e, posteriormente, apresentado na I Conferência de Codificação⁷².

A escolha da nacionalidade como um dos temas decorreu do fato de que se mostrava bastante relevante o debate da proteção do Estado ao indivíduo, sendo imperioso

⁷⁰ THE LAW of Nationality. **The American Journal of International Law**, v. 23, n. 2, p. 1-129, 1929. p. 3.

⁷¹ Ibidem, p. 9.

⁷² Cf. ibidem, p. 3, nos seguintes termos: “In view of this initiative and the prospect which it created, in November, 1927, the Faculty of the Harvard Law School undertook to organize a Research in International Law for the purpose of preparing a draft of an international convention on each of the three subjects selected by the Eighth Assembly to be dealt with at the First Conference on the Codification of International Law. Funds for the Research were granted by the Commonwealth Fund, on the recommendation of its Legal Research Committee, and were supplemented by a grant from Mr. John D. Rockefeller, Jr. The method followed by the American Law Institute, which is very similar to that of the Institut de Droit International, was adopted for the Research, and forty-four scholars and jurists were invited to become members of an Advisory Committee under the direction of which the Research was to be conducted.”.

criar um vínculo entre particular e sujeito de direito internacional, à vista da necessidade de se resolver a questão atinente ao direito à nacionalidade das minorias absorvidas pelos Estados da nova configuração política mundial.

A pesquisa resultou em um projeto de Convenção Internacional com 22 artigos. Nunca entrou em vigor, mas é um marco no avanço do direito de nacionalidade, servindo de elemento relevante para o estudo atual desse ramo do direito internacional. Foi a primeira vez em que houve definição, em texto de tratado internacional, de termos como nacionalidade e naturalização.

Também uma preocupação sensível à época foi com as pessoas que viviam em locais que saíram do controle de um Estado e passaram para o de outro, sendo emblemático o ocorrido com o fim dos impérios Austro-húngaro e Turco Otomano.

Por conta desse fato, o art. 18 do projeto trazia o direito aos indivíduos do território, que passou a domínio de outro Estado, de requererem a nova nacionalidade. Para tanto, o projeto se inspirou no art. 3º do Tratado de Paris de 1803, pelo qual a França cedeu o território da Louisiana para os Estados Unidos, sendo determinada a garantia do direito de nacionalidade dos Estados Unidos aos habitantes daquela região.

O mesmo aconteceu, em 1867, no tratado em que a Rússia cedeu o Alaska aos Estados Unidos, que também autorizou os habitantes do Alaska a manterem a nacionalidade russa, retornando para lá, ou a abraçarem a nova nacionalidade.

Em tratado de agosto de 1916, Dinamarca e Estados Unidos resolveram sobre a região das Índias Ocidentais Dinamarquesas (atuais Ilhas Virgens Americanas), conforme inserido no relatório dos expertos da Liga das Nações⁷³, nos seguintes termos:

“The treaty of August 4, 1916, between the United States and Denmark, by which Denmark ceded to the United States the Danish West Indies, provided, in Article 6, for the nationality of ‘Danish citizens residing in said Islands’. It stipulated that they might remain therein or remove therefrom at will, and that ‘those Who remained in the Islands may preserve their citizenship in Denmark by making before a court Record, within one year from the date of the Exchange of ratifications of this convention, the declaration of their decision to preserve such citizenship.’”

O momento histórico, todavia, não permitiu que fosse aprovado o tratado. Logo depois, em especial por força da crise de outubro de 1929, a Liga das Nações perdeu espaço, já que os Estados tiveram de focar-se em seus problemas econômicos internos.

⁷³ THE LAW of Nationality. *The American Journal of International Law*, v. 23, n. 2, p. 66.

2.2 Notas históricas sobre os deslocamentos humanos pelo globo

Entender a importância da nacionalidade passa também por encontrar a sua relação com os deslocamentos humanos pelo mundo. De fato, a ligação com a sua terra e a possibilidade de ingressar em outra sociedade, além de questões humanitárias e econômicas, são parâmetros importantes para quem decide migrar, deixando de lado os vínculos com a região à qual se liga.

A história da migração começa com as origens da humanidade. Desde os primórdios havia pessoas que se propunham a se deslocar pelo mundo. Segundo Ackermann et al.⁷⁴, da África, no período que se estende de 1,5 milhão a 5 mil a.C., os seres humanos se espalharam por todo o globo, tendo como destino inicial o continente europeu. Na Antiguidade, a colonização grega e a expansão romana tiveram na migração uma grande aliada, ao passo que, fora da Europa, identificam-se movimentos migratórios significativos na Mesopotâmia, no povo Inca, entre os hindus. Também nas Cruzadas para libertação da Terra Santa e nas incursões *vikings* são identificados importantes elementos de migração. Em todos eles, nota-se a construção da sociedade com a participação de povos migrantes⁷⁵.

Em tempos mais recentes, mais precisamente nos últimos três séculos, é possível identificar uma série de grandes eventos ou períodos migratórios. Nos séculos XVIII e XIX, a migração ficou marcada pelo deslocamento forçado de escravos⁷⁶.

Após o término formal da escravidão, inúmeros trabalhadores vindos da China, Índia e Japão passaram a substituir os africanos, em especial nas grandes *plantations* das potências europeias. Cerca de um milhão e meio deles foram para o Novo Mundo⁷⁷.

A expansão europeia também é associada à saída voluntária de grandes massas de europeus, particularmente para as colônias de potências do continente espalhadas por todo o mundo. Todas as grandes potências mercantis, como Holanda, França, Espanha, Portugal

⁷⁴ ACKERMANN, M. E. et al. **Encyclopedia of World History**. New York: Facts on File, 2008. p. 47.

⁷⁵ SOLIMANO, A. Globalization, history and international migration: a view from Latin America. **SSRN eLibrary**. 2004. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=908241>. Acesso em: 21 mar. 2010.

⁷⁶ SHARFSTEIN, D. J. Crossing the color line: racial migration and the one-drop rule, 1600-1860. **SSRN eLibrary**. 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1124999>. Acesso em: 21 mar. 2010.

⁷⁷ HEATER, D. **A brief history of citizenship**. New York: NYU Press, 2004. p. 64.

e Grã-Bretanha, promoveram e incentivaram a ida de seus nacionais para viverem nos seus territórios dominados, nas suas colônias. Esse incentivo não envolvia apenas trabalhadores, mas também destina-se a soldados dissidentes, condenados e órfãos⁷⁸.

A migração associada à expansão chegou ao fim com o surgimento dos movimentos anticoloniais iniciados na segunda metade do século XIX, nos anos que se sucederam aos movimentos de independência, tendo havido um fluxo sensível, de pessoas que retornaram aos seus países europeus⁷⁹.

O período seguinte de migração pelo mundo se deveu à ascensão dos Estados Unidos como uma potência industrial. Milhões de pessoas de todas as partes do mundo, por motivos econômicos ou políticos, fugindo da estagnação da economia, da perseguição política e, até mesmo, da fome, dirigiram-se a esse país, por um período que pode ser identificado entre os anos de 1850 e 1930. Doze milhões deles passaram pela imigração na cidade de Nova York, segundo Diner⁸⁰.

Após a Segunda Guerra Mundial, começa um novo grande ciclo de migrações, já com o direito internacional reconhecendo a importância da nacionalidade para as relações internacionais, pois a Liga das Nações, antes de 1930, conforme apontado há pouco, tinha definido a necessidade de se criar uma codificação mundial para a nacionalidade. O crescimento econômico europeu, segundo Leitner⁸¹, no período que sucedeu o ano de 1946, exigia mão de obra, o que também acontecia na América do Norte e na Austrália.

Nesse período, muitos migrantes turcos chegaram à Alemanha, enquanto do norte da África foram migrantes para a França e para a Bélgica, além de cerca de um milhão de britânicos que se deslocaram para a Austrália, cujo governo os atraía com o pagamento da passagem, além da entrega de dinheiro⁸².

Durante esse mesmo período, a descolonização ainda trazia impactos relativos à migração em outras partes do mundo, representada de forma mais significativa pelo

⁷⁸ HEATER, D. **A brief history of citizenship**, p. 78.

⁷⁹ DINER, H. R. **Hungering for America: Italian, Irish, and Jewish foodways in the age of migration**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ LEITNER, Helga. International migration and the politics of admission and exclusion in postwar Europe. **Political Geography**. 1995. p. 260. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science?_ob=GatewayURL&_method=citationSearch&_urlVersion=4&_origin=EXLIBMETA&_version=&_uokey=B6VG2-3Y45T6V-V&md5=cf93c1b75ef69ff41a9bfccdb43d2845>. Acesso em: 20 abr. 2011.

⁸² EULE, T. G. Cosmopolitan anxieties: Turkish challenges to citizenship and belonging in Germany by Ruth Mandel. **Nations and Nationalism**, v. 15, n. 1, p. 174-176. DOI: 10.1111/j.1469-8129.2009.00385_4.x, 2009.

movimento de milhões de hindus e muçulmanos, como resultado da divisão da Índia, em 1947, bem como de judeus e palestinos, após a criação de Israel, em 1948⁸³.

Na década de 1970, a busca por trabalhadores migrantes, grande atrativo europeu nos anos anteriores, já havia cessado. É certo que o período coincide com o fim do fluxo de recursos dos Estados Unidos para a Europa. É oportuno lembrar que, em 15 de agosto de 1971, os norte-americanos declararam o fim do sistema de Bretton Woods e, a partir daí, além de lançar mão da flutuação da moeda, tiveram de enfrentar as crises do petróleo⁸⁴.

A necessidade de trabalho migrante continuou, apesar desses desafios, nos Estados Unidos, até os primeiros anos da década de 1990; no entanto, já se podia identificar algo que agora é bastante claro: o grande crescimento econômico tinha se deslocado para a Ásia, de onde ainda se ouvem os chamados de procura por trabalho migrante, porém em proporções menores, dada a grande população daquele continente⁸⁵.

Como se percebe, a história da imigração e da nacionalidade tem seus pontos históricos relevantes identificados com momentos de mudanças econômicas ou políticas regionais ou globais. De fato, é nesse período em que se percebe grande movimentação de pessoas pelo mundo⁸⁶.

É natural, também, que haja mudanças legislativas que impactem diretamente na migração. A legislação pode ser afetada pelas necessidades relativas à entrada de estrangeiros, e, por conseguinte, reflete-se na possibilidade desses imigrantes alcançarem a cidadania.

Nesse ponto, é imperativo ressaltar que cidadania, a qual nasce essencialmente da nacionalidade, dando possibilidade de participação política, é uma instituição jurídica europeia⁸⁷. De fato, tanto a nacionalidade quanto a cidadania têm sido elementos dos sistemas jurídicos de todos os Estados europeus desde a segunda metade do século XIX, também identificável em períodos anteriores em vários casos.

As aludidas instituições se originaram com o Estado moderno, tendo encontrado sua mais clara articulação no Estado-nação, dando espaço para o aumento da importância

⁸³ NEUMAN, S. Aliyah to Israel: immigration under conditions of adversity. **SSRN eLibrary**. 1999. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=219872>>. Acesso em: 13 abr. 2010.

⁸⁴ LENAIN, P. **O FMI**. Barueri: Manole, 2004. p. 36.

⁸⁵ MOTOMURA, H. **Americans in waiting**: the lost story of immigration and citizenship in the United States. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 42.

⁸⁶ Ibidem, p. 78.

⁸⁷ NUSSBAUM, M. C. **Frontiers of Justice**: disability, nationality, species membership. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2007. p. 264.

da nacionalidade. Ressalte-se que a nacionalidade, por consequência, não é só um fenômeno europeu – um elemento institucional integrante da história europeia moderna – mas também, em relação às suas origens e influências, um fenômeno particularista, moldado pelas características distintivas políticas e nacionais de cada Estado em específico⁸⁸.

É de relevância notar que as democracias modernas devem a sua estabilidade e sucesso pertinente à união de dois ideais que se originam em diferentes períodos históricos: o ideal de autogoverno e o ideal de Estado-nação. Ambos com reflexos no tema do direito de ingresso e na concessão de nacionalidade.

O ideal de autogoverno define a liberdade como a regra da lei entre uma comunidade de iguais que são cidadãos da *polis*, segundo Heater⁸⁹, e que assim têm o direito de governar e de serem governados. Esse ideal surge em Atenas no século V e é retomado ao longo toda a história em episódios como a experiência de autorregulamentação em cidades-Estado na Renascença, a Comuna de Paris de 1871, as comunas anarco-socialistas da Revolução Russa e da Guerra Civil Espanhola⁹⁰. Com base nesse ideal, em tese, funda-se a possibilidade do Estado impedir o ingresso de estrangeiros em seu território, sem a necessidade de justificar a decisão.

O ideal do Estado-nação, por sua vez, territorialmente circunscrito, concebe o cidadão em primeiro lugar como sujeito do Estado-administração, ou, de forma mais positiva, como sujeito de direitos e prerrogativas. Originária da experiência da transição do feudalismo para o estado absolutista, esta experiência com boa governança em autorregulamentação da sociedade civil tem sido a definição da concepção liberal do contrato social inicial nas obras de Thomas Hobbes e John Locke⁹¹. Por esse ideal, é compreensível a posição defensora de que o Estado tem liberdade total para definir seus nacionais.

A democracia do século XVII e a consolidação do Estado-nação moderno têm marchado juntas, apesar de poderem ser tidas como contraditórias, completando-se uma à

⁸⁸ BOSNIAK, L. **The citizen and the alien: dilemmas of contemporary membership**. New Jersey: Princeton University Press, 2008. p. 37.

⁸⁹ HEATER, D. **A brief history of citizenship**. New York: NYU Press, 2004. p. 59.

⁹⁰ Interessante obra sobre a cidadania dá especial atenção ao tema em PINSKY, J. **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003. p. 98. A relação entre o estrangeiro e o alcance de benefícios democráticos pode ser identificada em HONIG, B. **Democracy and the foreigner**, p. 48.

⁹¹ Sobre o novo papel do Estado e uma reconfiguração da cidadania, cf. BOSNIAK, L. op. cit., p. 32; RUBENSTEIN, K.; ADLER, D. **International citizenship: the future of nationality in a globalised world. SSRN eLibrary**. 2000, p. 4. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=231675>>. Acesso em: 3 abr. 2010.

outra. As lutas democráticas daqueles que não têm bens, dos artesãos, dos agricultores e dos trabalhadores, para conquistar o direito ao sufrágio e a consequente e aparente inclusão política deram lugar, no começo do século XX, à luta das mulheres, dos não cristãos e dos povos não brancos, que reivindicavam suas inclusões na sociedade⁹². Isso demonstra a existência de classes de excluídos de direitos e a constante discussão sobre sua inclusão no rol dos beneficiários, como é o caso atual dos estrangeiros. Em outros termos, o que foi enfrentado por aqueles que buscavam a proteção de direitos fundamentais, no período de construção das normas, em especial de direitos sociais, é hoje o desafio dos migrantes.

É possível identificar, até mesmo, como tema emblemático o da luta por direitos para os migrantes⁹³. Buscar uma racionalidade jurídica nas decisões que permitem e que proíbem a entrada de estrangeiros contribui para que se afastem decisões arbitrárias⁹⁴. O próximo passo, portanto, é buscar a lógica na regulação da nacionalidade.

2.3 A nacionalidade como fundamento para diferenciação

A pergunta que se coloca é se a nacionalidade do indivíduo pode ser o fundamento para seu impedimento de ingresso. Ou seja, este estudo tem como propósito investigar se o estrangeiro, que não tem a nacionalidade do país que o recebe, pode ter o seu ingresso negado. Para tanto, faz-se relevante a análise da nacionalidade em si.

A possibilidade de o Estado definir todas as regras sobre a nacionalidade sofreu grande impacto com o aprofundamento das relações entre os Estados e a maior interdependência entre os países, o que foi reflexo, de forma bastante clara, do surgimento ou incremento do fenômeno chamado globalização, com consequências para as relações entre indivíduos e Estados.

De acordo com Stiglitz⁹⁵, a globalização tem transformado as relações jurídicas internacionais. Atividades antes confinadas ao espaço interno das fronteiras nacionais

⁹² ARENDT, H. **The origins of totalitarianism**. New York: Plume, 1977. p. 129.

⁹³ MOTOMURA, H. **Americans in waiting**: the lost story of immigration and citizenship in the United States, p. 29.

⁹⁴ Idem. Judicial review in immigration cases after AADC: lessons from Civil Procedure. **Georgetown Immigration Law Journal**, v. 14, p. 385, 1999.

⁹⁵ STIGLITZ, J. E. **Globalization and Its discontents**. New York: W. W. Norton & Company, 2003. p. 87.

passam a ter consequências internacionais de escala e impacto ainda desconhecidos; no entanto, apesar de opiniões contundentes, favoráveis ou não, sobre a globalização, ela continua a ter significados variados⁹⁶.

Um dos usos mais comuns do termo globalização se concentra no comércio internacional, empregado para se referir tanto aos benefícios econômicos de livre intercâmbio comercial, trabalhista e ambiental quanto aos perigos decorrentes da retirada da proteção fronteiriça⁹⁷.

Enfatiza-se também que a globalização foi incentivada pelo uso de novas tecnologias, que tornam possíveis o compartilhamento de informações e trazem maior rapidez para o transporte, o que, por sua vez, cria oportunidades para uma variedade de interações globais. Em outros contextos, a globalização é usada para descrever o crescente número e influência, em especial nas decisões antes tidas como apenas internas, das organizações regionais como a União Europeia (EU), a União Africana, o Mercado Comum do Sul (Mercosul) ou a Organização dos Estados Americanos (OEA)⁹⁸.

Ainda, em outras situações, o termo em comento reflete a crescente aceitação de identidades múltiplas e lealdades – para com dois ou mais Estados ou organizações internacionais⁹⁹.

A globalização também pode referir-se a uma maior colaboração dos responsáveis políticos, pesquisadores, educadores e outros, por meio das fronteiras nacionais, em busca de soluções para problemas comuns. A já mencionada queda do Muro de Berlim foi fator que trouxe uma ênfase maior à globalização.

De fato, com o fim da Guerra Fria, a cooperação internacional, em campos tão diversos como negócios, segurança, direitos humanos, saúde, agricultura, proteção ambiental e combate ao crime, é uma interessante promessa para o futuro. O caráter internacional das principais organizações não governamentais (ONGs) constitui mais um elemento da globalização; dessa maneira, também é maior o alcance do direito

⁹⁶ STIGLITZ, J. E. **Making globalization work**. New York: W. W. Norton & Company, 2007. p. 32.

⁹⁷ SOLIMANO, A. Globalization, history and international migration: a view from Latin America. **SSRN eLibrary**. 2004. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=908241>. Acesso em: 21 mar. 2010.

⁹⁸ Sobre a relação entre direitos humanos e integração econômica, cf. CARVALHO RAMOS, A. de. **Direitos humanos na integração econômica**: análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Européia e Mercosul. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁹⁹ RUBENSTEIN, K.; ADLER, D. International Citizenship: the future of nationality in a globalised world. **SSRN eLibrary**. 2000, p. 10. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=231675>>. Acesso em: 3 abr. 2010.

internacional e de regulamentação internacional em áreas que anteriormente se presumia estarem no campo quase ilimitado de soberania nacional.

Esses diferentes elementos da globalização desafiam a separação entre o que é interno e o que é internacional, porém, de toda sorte, é possível identificar o crescimento da regulamentação internacional. Embora o direito internacional regule agora uma gama sem precedentes das atividades humanas, certas atividades são disciplinadas pela comunidade internacional com mais clareza do que outras.

Alguns assuntos são histórica, política e funcionalmente adequados à regulamentação internacional, nos quais a necessidade de normas internacionais raramente é questionada; v.g., dificilmente, hoje, pode-se contestar a necessidade prática de um acordo internacional sobre assuntos como aviação internacional, telecomunicações ou serviços postais.

Para outras atividades, contudo, a primazia da soberania nacional era a regra histórica; entre elas, duas se destacaram como os últimos bastiões da soberania nacional – ambas ligadas aos poderes de um Estado para decidir: 1. quem são seus nacionais¹⁰⁰ e 2. quais os estrangeiros que podem ter acesso ao seu território¹⁰¹.

Essas são as duas modalidades, comumente citadas, submetidas às decisões soberanas nas quais a comunidade internacional não deve interferir. Caso soberania significasse não receber interferência externa alguma, com certeza, isso representaria que um Estado tem o poder soberano de decidir com quem compartilhar laços de lealdade e proteção e quem deseja admitir em seu território¹⁰².

O objetivo deste estudo é demonstrar, tal é a força da globalização, que mesmo esses paradigmas da soberania nacional têm dado lugar à regulamentação internacional

¹⁰⁰ Sobre a concessão da nacionalidade, há tentativas internacionais, em tratados, que visam impedir o surgimento dos apátridas. É o que se pode inferir da leitura do art. 20 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Cadh), que garante a todos a nacionalidade, ao menos, do país em cujo território a pessoa nasceu.

¹⁰¹ Nesse campo, é relevante destacar que a proteção internacional aos refugiados trouxe limitações a essa decisão, permitindo que o que declara ser refugiado tenha o direito de ingresso (CARVALHO RAMOS, A. de. **Direitos humanos na integração econômica**: análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Européia e Mercosul, p. 721-746; SARMENTO, D. IKAWA, D.; PIOVESAN, F. Igualdade, diferença e direitos humanos. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/19004>>. Acesso em: 10 abr. 2010).

¹⁰² SOLIMANO, A. Globalization, history and international migration: a view from Latin America. **SSRN eLibrary**. 2004. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=908241>. Acesso em: 21 mar. 2010.

consensual¹⁰³. Não há contradição aqui, uma vez que a soberania de um Estado, obviamente, abrange o poder que lhe permite se vincular a tratados internacionais¹⁰⁴.

A interferência internacional não foi construída de forma repentina. Não houve uma passagem imediata de um mundo literalmente de soberania estatal exclusiva sobre nacionalidade e imigração para um mundo em que a regulamentação internacional sobre essas áreas tornou-se a regra. Durante séculos, as disputas sobre as nacionalidades dos indivíduos particulares, por vezes, têm sido subtraídas da arena jurídica internacional, pois uma combinação de legislação, diplomacia e força militar acaba por afastar a normatização internacional.

A despeito das mudanças drásticas relativas à soberania, trazidas essencialmente pela globalização, a grande maioria das normas sobre nacionalidade e imigração ainda hoje é determinada pelos Estados e não pela comunidade internacional, tal como acontecia até antes do surgimento das ideias globalizantes.

A reivindicação aqui é tão somente uma questão de grau; os Estados possuem um grau menor de liberdade de atuação nesses temas, em particular por suas ligações com outras estruturas – intergovernamentais ou supranacionais. As afirmações de soberania do Estado sobre nacionalidade e migração devem agora ser marcadas por uma dramática expansão do conjunto de relações jurídicas. Os últimos bastiões da soberania são, hoje, praticamente indistinguíveis de quase qualquer outra área da atividade humana, pois eles estão limitados por uma combinação de elementos nacionais e regras internacionais.

A globalização deu impulso às forças que são responsáveis por essa transformação. Algumas delas são fenômenos genéricos que têm influenciado a globalização em geral, enquanto outras são específicas de nacionalidade e de migração. Dentre as explicações pode ser identificado o pós-Segunda Guerra Mundial, que trouxe o desmoronamento da noção clássica do direito internacional de que só os Estados têm direitos. O alcance expandido de normas internacionais de direitos humanos, enraizado na premissa de que os indivíduos têm direitos na normatização internacional, teve grande relação com a globalização tanto das normas sobre nacionalidade, quanto das normas sobre migração¹⁰⁵.

¹⁰³ Como se percebe pela regulação que objetiva suprimir os casos de apatria e proteger o refugiado.

¹⁰⁴ Sobre tratados, cf. GARCIA, Márcio. *Tratados e poder terminativo na Constituição de 1988*. Revista de Informação Legislativa, v. 179, p. 233-240, 2008. Cf. também: GARCIA, Márcio. *A terminação de tratado e o Poder Legislativo brasileiro à vista do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional internacional brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; ALVAREZ GONZÁLEZ, S. *Derecho español de la nacionalidad*, p. 36.

No que tange à nacionalidade, a maioria dos Estados permite múltiplas rotas para que as pessoas possam adquiri-la, por conta do local do nascimento ou pelos vínculos com ascendentes que têm a nacionalidade desse Estado¹⁰⁶, além de haver casos de nacionalidade derivada ou adquirida, em que os requisitos são alcançados em momento posterior ao do nascimento (naturalização)¹⁰⁷.

As práticas dos Estados variam de modo considerável, mas a regra é que o Estado típico adote mais de uma dessas possibilidades de concessão, sendo certo que as limitações são aplicadas a todos eles^{108,109}.

Da mesma forma, os Estados têm regras diferentes para a perda da nacionalidade. Um Estado pode retirar a nacionalidade de uma pessoa por defeitos no processo de naturalização, por revogação da naturalização em face do abandono voluntário da nacionalidade pelo indivíduo (expatriação), por desvio de conduta do indivíduo, por falta de fidelidade, por outras qualidades indesejáveis (desnacionalização), conforme Rubenstein e Adler¹¹⁰.

A combinação das regras de aquisição da nacionalidade e das regras de perda não significa que cada pessoa tenha exatamente uma única nacionalidade. Alguns têm mais de uma (por exemplo, os casos de dupla nacionalidade), e outros não possuem nenhuma, como é o caso dos chamados apátridas ou *heimatlos*. Além disso, a aplicação das aludidas regras exige, muitas vezes, o deslinde de questões jurídicas de difícil solução¹¹¹. Complicações podem surgir quando os Estados dissolvem-se, fundem-se ou alcançam independência. Por todas essas razões, não é possível identificar-se uma regra geral sobre concessão de nacionalidade.

Como, no entanto, as regras são criadas de modo individual, por Estado, a incerteza pode surgir em contextos variados, especialmente naquelas situações em que o Estado tem a faculdade de decidir de forma soberana, sem nenhum controle.

¹⁰⁶ SANTOS, A. M. dos. **Estudos de direito da nacionalidade**, p. 282.

¹⁰⁷ SCOTT, J. B. Nationality. **The American Journal of International Law**, v. 24, n. 3, p. 556-561, 1930.

¹⁰⁸ HANSEN, R.; WEIL, P. **Dual nationality, social rights and federal citizenship in the U.S. and Europe: the reinvention of citizenship**. New York: Berghahn Books, 2002. p. 120.

¹⁰⁹ KONDO, A. **Citizenship in a global world: comparing Citizenship Rights for aliens**. New York: Palgrave Macmillan, 2001. p. 10.

¹¹⁰ RUBENSTEIN, K.; ADLER, D. International Citizenship: the future of nationality in a globalised world. **SSRN eLibrary**. 2000, p. 17. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=231675>>. Acesso em: 3 abr. 2010.

¹¹¹ WEIS, P. **Nationality and statelessness in international law**. Dordrecht, Netherlands: Kluwer Law International, 1979. p. 37.

O que se busca evitar, todavia, para o pleno desenvolvimento dos direitos humanos, é que essa incerteza persista. No contexto nacional, ela surgiria se a decisão do Estado pudesse retirar a nacionalidade do indivíduo ou permitisse que alguém ficasse sem nenhuma nacionalidade. Ela pode surgir também quando a pessoa procura trazer seu cônjuge, filhos ou outros membros da família ao país, de acordo com as leis que concedem privilégios aos membros da família de cidadãos designados pelo próprio país, sujeitando-os a uma decisão de ingresso, que fica na esfera de soberania do Estado.

É possível que a mesma incerteza também apareça quando a pessoa solicita um passaporte ou tenta registrar-se para votar. Isso acontece ainda, em vários países e em momentos distintos, pois, neles, para se construir a cidadania ou a nacionalidade, podem ser identificadas inúmeras restrições.

É o caso, *v.g.*, de uma pessoa que se alista no serviço militar ou busca emprego no governo, ou precisa de assistência pública, ou mesmo de certas licenças profissionais. Em todos esses momentos, o migrante poderá conviver com a possibilidade de restrição de direitos. Há ainda a possibilidade de convívio com a insegurança em situações de busca de afirmação da cidadania com base na nacionalidade segundo *jus sanguinis*.

No contexto internacional, os temas que trazem a nacionalidade como componente relevante podem vir à tona quando uma pessoa tem seus direitos fundamentais violados pelo governo de um país e pede proteção diplomática ao governo de outro. Ressalte-se que um dos requisitos para o pedido de proteção é exatamente a nacionalidade.

A referência à nacionalidade, ainda, pode surgir quando um país, na tentativa de recrutar uma pessoa que considera como seu nacional ou, de modo mais dramático, quando dois ou mais países buscam, por argumentos semelhantes, uma mesma pessoa para prestar o serviço militar. A dupla tributação da renda não tem uma regulação global e pode fazer surgir uma incerteza, quando um ou mais países alegam direito de tributação, situação em que, na maioria dos casos, exige-se a elaboração de tratados, visando à não-bitributação.

Outra incerteza nasce nos casos de extradição, quando, em um país, há proibição de que seus próprios cidadãos sejam extraditados. Essa incerteza também pode surgir quando se quer deportar alguém ao seu país de origem, o qual nega que lhe tenha concedido a nacionalidade¹¹². Além disso, se dois ou mais países concordam em conceder privilégios

¹¹² É oportuno salientar o caso de João Herbert, nascido no Brasil e adotado por uma família dos Estados Unidos. Lá, foi condenado por tráfico de drogas e expulso para o Brasil, em 2001, onde, após alguns anos, em 2004, foi morto. Nesse caso, o Brasil defendia que Herbert não tinha mais a nacionalidade brasileira, mas

especiais de viagem a nacionais dos outros países, como desnecessidade de vistos de turismo, v.g., podem também surgir iguais questões de nacionalidade.

Nesses e em outros contextos, a regulação internacional pode se tornar imperiosa para determinar a nacionalidade da pessoa. E, uma vez que dois ou mais Estados poderão ter opiniões divergentes sobre essa questão, torna-se crucial identificar a lei aplicável para quem irá decidir o caso. A esse propósito, afinal, define-se que cabe a cada Estado decidir quais são os seus próprios nacionais.

Tal entendimento tem sido recorrente, a partir de fontes diversas, e em diferentes contextos. Aparece nos escritos dos operadores do direito internacional clássico, por volta do século XVI, embora com modificações ocasionais¹¹³. A extinta Corte Permanente de Justiça Internacional, a despeito de reconhecer a natureza dinâmica do direito internacional, deixou claro que, pelo menos ao tempo da sua decisão, em 1923, no caso dos decretos de nacionalidade da Tunísia e do Marrocos, as questões de nacionalidade pertenceriam ao domínio reservado da jurisdição de um Estado¹¹⁴.

A Convenção de Haia de 1929 sobre determinadas questões alusivas ao conflito de leis pertinentes à nacionalidade prevê de maneira expressa que compete a cada Estado determinar, sob sua própria legislação, quem são os seus próprios cidadãos. Essa Convenção é importante, pois permite que outros Estados saibam de antemão quais são os estrangeiros, podendo haver o reconhecimento de tais decisões, bem como podendo ser afastadas quando se afastam das determinações convencionais¹¹⁵.

A mesma Convenção acrescenta que a determinação de que uma pessoa possui a nacionalidade de um Estado deve ser identificada na legislação desse Estado. A Corte Internacional de Justiça reafirmou esse princípio em 1955, no caso *Nottebohm*, segundo *Lissitzyn*¹¹⁶, apesar do Tribunal ter diminuído o significado prático dessa afirmação ao se recusar a reconhecer o direito do Estado de conceder a nacionalidade para fins de proteção diplomática¹¹⁷.

foi obrigado a ceder após a invocação do art. 20 da Cadh, pelos Estados Unidos.

¹¹³ CASTLES, S.; MILLER, M. J. **The age of migration**, p. 112.

¹¹⁴ BROWNLIE, I. **Principles of Public International Law**. 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 421.

¹¹⁵ THE LAW of Nationality. **The American Journal of International Law**, v. 23, n. 2, p. 23.

¹¹⁶ LISSITZYN, O. J. *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*. **The American Journal of International Law**, v. 49, n. 3, p. 396-403, 1955.

¹¹⁷ Para uma análise mais detalhada do caso, ver SLOANE, R. D. Breaking the Genuine link: the contemporary international legal regulation of nationality. **Harvard International Law Journal**, v. 50, Winter 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1262877>>. Acesso em: 3 abr. 2010.

Conforme mencionado, pela Convenção de Haia de 1929, os Estados ficam autorizados a ignorar as decisões de outros Estados sobre a nacionalidade, mas apenas em circunstâncias limitadas, quais sejam, naquelas em que as decisões violarem o direito internacional. Dessa maneira, a implicação clara é a de que o direito internacional realmente impõe restrições ao poder de um Estado soberano tomar decisões sobre nacionalidade¹¹⁸.

Na Europa, uma Convenção de 1963, sobre a redução dos casos de múltipla nacionalidade e sobre as obrigações militares em tais casos, estabelece algumas limitações não apenas sobre o poder dos Estados de conceder dupla nacionalidade, mas também sobre as leis internas que resultariam na dupla nacionalidade¹¹⁹. Os avanços no controle total sobre a nacionalidade, no entanto, já foram muito além das exceções estritas de tempos anteriores.

Como é possível notar, a regulação internacional tem se preocupado com a dupla nacionalidade¹²⁰. A combinação entre o aumento dos níveis de migração internacional e a maior disposição dos Estados em conviver com a dupla nacionalidade resultaram em um espetacular crescimento da população de dupla nacionalidade no mundo¹²¹. A comunidade internacional reagiu com uma série de acordos em nível global, regional e bilateral. Muitos desses acordos possuem foco específico sobre as consequências da dupla nacionalidade, em particular no que tange a como acomodar as conflitantes obrigações militares, mas muitos outros se pautam na tentativa de regulamentar a aquisição da segunda nacionalidade.

Uma das mais claras incursões internacionais em matéria de nacionalidade foi a preocupação, já longa, com o problema dos apátridas¹²². Conforme observado anteriormente, vários acordos internacionais, em específico sobre apatridia, foram concluídos ao longo dos anos, embora o leque tenha sido, em rigor, decepcionante.

Decerto, mais impressionantes do que as convenções sobre apatridia foram as repetidas inclusões de instrumentos gerais de proteção de direitos humanos em meio a

¹¹⁸ SLOANE, R. D. Breaking the Genuine link: the contemporary international legal regulation of nationality. **Harvard International Law Journal**, v. 50, Winter 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1262877>>. Acesso em: 3 abr. 2010.

¹¹⁹ RUBIO CARRACEDO, J. ROSALES, J. M.; TOSCANO MÉNDEZ, M. **Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos**, p. 84.

¹²⁰ SPIRO, P. J. **Beyond citizenship**: American identity after globalization, p. 37.

¹²¹ Idem. Dual citizenship as Human Right. **Int. J. Constitutional Law**, v. 8, n. 1, p. 111-130, 2010. p. 22.

¹²² ABRAHAM, D. Doing justice on two fronts: the liberal dilemma in immigration. **SSRN eLibrary**, 2009. p. 13. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1348584>>. Acesso em: 3 abr. 2010.

disposições específicas destinadas a prevenir a apatridia, exigindo que os Estados reconheçam a nacionalidade, naqueles caso em que a apatridia seria o resultado da negativa.

O art. 15, nº 1, da DUDH, v.g., diz: “Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade”. O art. 20 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos repete esse texto e, em seguida, dá concretude à nacionalidade, acrescentando: “Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se ela não tem o direito de qualquer outra nacionalidade”. Ao interpretar essa disposição, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 1984¹²³, afirmou que é majoritária a aceitação, hoje, da nacionalidade como um direito inerente a todos os seres humanos.

A mesma Corte asseverou, ainda, que, apesar do fato tradicionalmente aceito de que a atribuição e a regulamentação da nacionalidade são questões para cada Estado decidir, a evolução contemporânea indica que o direito internacional impõe limites aos amplos poderes de apreciação dos Estados nessa área, deixando claro que a determinação de nacionalidade não pode ser considerada dentro da competência exclusiva dos Estados e que tais poderes do Estado estão limitados pelas suas obrigações de garantir a proteção integral dos direitos humanos¹²⁴.

O direito a uma nacionalidade tem recebido reconhecimento específico no caso de crianças – tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos quanto a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), ambos exigem dos Estados, de forma explícita, a garantia do direito da criança de possuir uma nacionalidade desde o nascimento¹²⁵.

¹²³ Opinião Consultiva nº 4, de 19 de janeiro de 1984, que assim dispôs, no seu n. 32: “La nacionalidad, conforme se acepta mayoritariamente, debe ser considerada como un estado natural del ser humano. Tal estado es no sólo el fundamento mismo de su capacidad política sino también de parte de su capacidad civil. De allí que, no obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado, la evolución cumplida en esta materia nos demuestra que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos”.

¹²⁴ Em 2002, na Opinião Consultiva nº 17, a Corte Interamericana assim determina: “Todo el nuevo *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido construido sobre la base de los imperativos de protección y los intereses superiores del ser humano, independientemente de su vínculo de nacionalidad o de su estatuto político, o cualquiera otra situación o circunstancia. De ahí la importancia que asume, en ese nuevo derecho de protección, la personalidad jurídica del individuo, como sujeto del derecho tanto interno como internacional”.

¹²⁵ ALENIKOFF, T. A.; INTERNATIONAL MIGRATION POLICY PROGRAM (U.S.). **Between principles and politics: the direction of U.S. citizenship policy.** Washington, D.C: Carnegie Endowment for International Peace, 1998. p. 48.

O direito internacional também buscou regular a perda da nacionalidade. Em rigor, a perda abrange duas situações distintas: na primeira, um Estado determina a perda unilateral da nacionalidade de uma pessoa contra a sua vontade, a chamada desnacionalização, e, na outra, um indivíduo tenta, voluntariamente, abrir mão de sua nacionalidade, como uma espécie de renúncia a esta.

A regulação do direito internacional tem seu foco relacionado à desnacionalização. No nível global, o art. 15, nº 2, da DUDH estabelece: “Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade nem do direito de mudar de nacionalidade”. A DUDH não faz referência à situação em que uma privação da nacionalidade será considerada arbitrária, mas outros instrumentos assumem esse desafio em contextos particulares.

Um desses em que o problema tem sido historicamente identificado, *v.g.*, é, por exemplo, a prática do Estado declarar a perda automática da nacionalidade da mulher que se case com um estrangeiro, ou cujo marido perca a nacionalidade. Em 1957, a Convenção sobre a Nacionalidade das Mulheres Casadas proibia essas práticas.

O art. 9º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (Convenção da Mulher) reafirmou a restrição global de que “Estados-Partes concedem às mulheres direitos iguais aos dos homens para adquirir, mudar ou conservar sua nacionalidade”, e exigiu que os Estados-partes concedessem às mulheres direitos iguais aos dos homens no que diz respeito à nacionalidade dos seus filhos. A visão pode ser outra, se o pensamento for centralizado no criador do conjunto normativo, pois, não se pode negar que os Estados foram responsáveis pela criação das normas, o que poderia, para alguns, não ser tido como uma restrição, mas como concessão de direitos. De toda forma, não se pode negar que, após o reconhecimento, as normas passam a ser restrições à liberdade total do Estado.

Em sentido oposto, nos casos relativos a pessoas com mais de uma nacionalidade, há acordos internacionais que tentaram retirar uma das nacionalidades. Dessa forma, visaram incentivar os Estados a desnacionalizar em certas situações para minimizar a incidência de dupla nacionalidade¹²⁶. Esses esforços produziram um conjunto de acordos universais, regionais e bilaterais que se têm tornado menos populares nos últimos anos, pois é sensível a tendência de se proteger a existência da dupla nacionalidade.

¹²⁶ ALEINIKOFF, T. A.; KLUSMEYER, D. B. **Citizenship today**: global perspectives and practices. Washington, D.C: Carnegie Endowment for International Peace, 2001. p. 47.

Em alguns casos, é o indivíduo que deseja terminar o vínculo de nacionalidade, sofrendo resistência por parte do Estado. O caso histórico mais emblemático é relatado pela doutrina britânica como o de “aliança perpétua”, pela qual a Inglaterra se opôs a reconhecer a renúncia de um cidadão à nacionalidade britânica. Essa prática fez que a Grã-Bretanha empreendesse a captura do nascido britânico, mas alhures naturalizado, o que resultou em conflitos por volta de 1812¹²⁷.

Hoje, a doutrina da submissão perpétua é invocada de forma esporádica, mas, por vezes, os Estados continuam a impedir que seus cidadãos renunciem, v.g., nos casos em que houver dupla nacionalidade e a renúncia for encarada como uma tentativa de não cumprir os deveres para com o Estado, porque ocorrida na véspera do alistamento militar. O direito internacional pouco se manifestou sobre as aludidas questões¹²⁸.

A mais abrangente tentativa internacional para regular a perda da nacionalidade veio da Convenção Europeia sobre a Nacionalidade de 1997, que entrou em vigor internacionalmente em 1º de março de 2000¹²⁹.

O diploma europeu, em seu art. 7º, proíbe a desnacionalização, exceto em situações específicas, como nos casos em que a pessoa voluntariamente adquire outra nacionalidade, ou adquiriu a nacionalidade do Estado por meio de fraude, ou voluntariamente serviu a forças militares estrangeiras, ou envolveu-se em conduta grave, prejudicial para os interesses vitais do Estado-parte, ou, ainda, reside com habitualidade no estrangeiro e não tem uma ligação real com o Estado-parte¹³⁰.

O art. 8º exige que cada Estado-parte reconheça a renúncia voluntária do indivíduo à nacionalidade, salvo para evitar apatridia, podendo ser restrita à pessoa que reside habitualmente no estrangeiro. Eis o texto do referido dispositivo da Convenção Europeia sobre Nacionalidade:

“[...]”

Perda de nacionalidade por iniciativa do indivíduo

1 – Cada Estado Parte permitirá a renúncia à sua nacionalidade, desde que os indivíduos em causa não se tornem apátridas.

¹²⁷ RUBENSTEIN, K. Globalisation and citizenship and nationality. **SSRN eLibrary**. 2003. p. 13. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=530382>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

¹²⁸ SPIRO, P. J. Dual citizenship as Human Right. **Int. J. Constitutional Law**, v. 8, n. 1, p. 29.

¹²⁹ RUBENSTEIN, K.; ADLER, D. International Citizenship: the future of nationality in a globalised world. **SSRN eLibrary**. 2000, p. 33. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=231675>>. Acesso em: 3 abr. 2010.

¹³⁰ VON BOGDANDY, A. Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law. **Int. J. Constitutional Law**, v. 6, n. 3-4, p. 397-413. DOI: 10.1093/icon/mon015, 2008.

2 – Contudo, o direito interno de um Estado Parte pode prever que a renúncia seja apenas efetuada por nacionais que residam habitualmente no estrangeiro.”

Outros diplomas europeus fornecem exemplos adicionais de regulação internacional da nacionalidade. O Conselho da Europa, em 1963, patrocinou a Convenção sobre a Redução dos Casos de múltipla nacionalidade e sobre as obrigações militares em casos de múltipla nacionalidade, a qual, entre outras regras, estabeleceu alguns limites sobre as leis nacionais que resultassem na dupla nacionalidade¹³¹.

Normas que determinam a perda da nacionalidade anterior, no caso de aquisição de uma nova, podem ser encontradas no direito internacional¹³². Entre as situações em que diretriz como essa já não é automaticamente aplicada, estão as de nascimento e residência no Estado de naturalização, bem como as que envolvem casamento ou menores. O exemplo mais comum de regulação internacional da nacionalidade é, evidentemente, o da UE¹³³.

Para além das várias disposições da legislação da UE que tratam especificamente dos direitos e obrigações dos nacionais dos Estados-membros, o acordo da UE é visto por muitos como o criador de um tipo de federação que pode servir de base para uma cidadania europeia muito semelhante à de nacionalidades tradicionais¹³⁴. Esse conceito é controverso e extrapola o escopo do presente trabalho.

Por último, embora não seja menos relevante, o direito internacional, de forma abrangente, proíbe os Estados de impedir a entrada de seus nacionais em seu território, ou seja, as normas de direito internacional obrigam os Estados a aceitar seus próprios nacionais no seu território, além de haver disposições que proíbem os Estados de expulsarem os seus próprios nacionais.

O direito internacional busca, também, regular a migração. Desenvolvimentos paralelos ocorreram no tocante à migração internacional. A afirmação quase inatacável de que os Estados são livres para decidir quais estrangeiros podem ser admitidos em seus territórios, embora ainda repetida hoje, é agora objeto de uma ampla gama de limitações

¹³¹ RUBENSTEIN, K. Globalisation and citizenship and nationality. **SSRN eLibrary**. 2003. p. 38. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=530382>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

¹³² RUBENSTEIN, K.; ADLER, D. International Citizenship: the future of nationality in a globalised world. **SSRN eLibrary**. 2000, p. 49. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=231675>>. Acesso em: 3 abr. 2010.

¹³³ VON BOGDANDY, A. Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law. **Int. J. Constitutional Law**, v. 6, n. 3-4, p. 67.

¹³⁴ Ibidem, p. 44.

impostas pelo direito internacional. É a construção do que pode ser entendido como direito de ingresso do estrangeiro.

Declarações da visão clássica talvez sejam mais estreitamente associadas à Suprema Corte dos Estados Unidos, que, desde o início, expôs a ideia de que o controle sobre o território de uma nação é uma função exclusiva do Estado soberano.

De fato, em 1812, Marshall, então presidente da Suprema Corte, declarou que a jurisdição sobre o próprio território, nessa medida, é um direito de cada nação independente. E continuou dizendo que é uma parte da sua soberania¹³⁵. Faz-se imperativo lembrar que a Suprema Corte, em 1889, proferiu a sua decisão fundamental sobre a lei de exclusão de chineses, no caso *Chae Chan Ping v. Estados Unidos*¹³⁶.

O Tribunal, mantendo o poder do Congresso para excluir não cidadãos dos Estados Unidos, invocou a noção geral de Marshall de que o poder de excluir os não cidadãos é inerente ao próprio conceito de Estado soberano^{137,138}. O Tribunal, em seguida, a partir do reconhecimento desse poder no direito internacional, passou facilmente para o não reconhecimento de limitações constitucionais ao referido poder, um trágico caminho que iria distorcer a forma do direito constitucional dos Estados Unidos por mais de um século¹³⁹.

De qualquer maneira, esse ponto de vista tem sido reafirmado e expandido com frequência, inclusive no campo referente à deportação. Uma série de decisões da Suprema Corte Norte Americana têm-se pautado especificamente na teoria da soberania territorial para justificar amplos poderes do Congresso sobre a admissão e a expulsão de imigrantes. Análogo raciocínio é encontrado nos casos britânicos, em que os tribunais têm sido mais propensos a confiar na prerrogativa real e no ato de Estado de defender as ações da Coroa enraizada no poder soberano para controlar o acesso ao território do Estado.

Nos últimos anos, os doutrinadores têm chamado a atenção para os constrangimentos legais internacionais que submetem às regras relativas à exclusão e à

¹³⁵ TUSHNET, M. **Making Constitutional Law**: Thurgood Marshall and the Supreme Court, 1961-1991. New York: Oxford University Press, 1997. p. 45.

¹³⁶ CHIN, G. J.; ROMERO, V. C.; SCAPERLANDA, M. A. **The origins of Constitutional Immigration Law**: immigration and the Constitution. New York: Routledge, 2001. v. 1, p. 25.

¹³⁷ Ibidem, p. 27.

¹³⁸ TUSHNET, M. **Making Constitutional Law**: Thurgood Marshall and the Supreme Court, 1961-1991, p. 33.

¹³⁹ CHIN, G. J.; ROMERO, V. C.; SCAPERLANDA, M. A., op. cit., p. 365.

expulsão de imigrantes até mesmo os poderes tradicionalmente soberanos¹⁴⁰. A busca para se evitarem tais constrangimentos está hoje quase totalmente na subárea do direito de migração, que diz respeito aos refugiados, aos trabalhadores migrantes, ao reagrupamento familiar, às crianças, à cooperação em matéria de aplicação da lei, aos direitos humanos, a acordos em matéria de readmissão e a viagens especiais ou a privilégios de residência.

O significado principal do estatuto de refugiado é que o art. 33 da Convenção de 1951 proíbe aos Estados-partes a determinação do retorno dos refugiados aos seus países de perseguição, com algumas exceções. Trata-se do princípio de *non-refoulement*¹⁴¹. A Convenção estabelece, ainda, uma variedade de outras proteções que os Estados-partes estão obrigados a respeitar.

As proteções incluem a não discriminação à liberdade de religião, certos direitos de propriedade e trabalho, determinados direitos trabalhistas, a liberdade de associação, o acesso à justiça, o direito à assistência pública e à educação, a liberdade de circulação, entre outras.

Os delegados da Convenção têm a responsabilidade de supervisão, encaminhando os dados para o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), uma agência de 5 mil empregados com sede em Genebra, na Suíça, mas com escritórios – e a maioria dos seus funcionários – distribuídos por todo o mundo. O ACNUR é a mais ativa e significativa de praticamente todas as agências da ONU¹⁴². Ele executa a dupla função de proteger os refugiados em casos individuais e de promover soluções permanentes mais efetivas ao problema dos refugiados¹⁴³.

Outros grandes focos dos quais emana o Direito Internacional dos Refugiados são a Convenção e o Protocolo, além dos esforços do ACNUR e de outras agências de reinstalação de refugiados. Por algum tempo o ACNUR e outros organismos promoveram a cooperação entre os países que recebem refugiados, facilitando a sua reinstalação e ajudando a financiar os esforços de reassentamento deles em outros lugares¹⁴⁴.

¹⁴⁰ HANSON, G. H. et al. Immigration and the U.S. economy: labor-market impacts, illegal entry, and policy choices. **SSRN eLibrary**. 2001. p. 49. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=296108>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

¹⁴¹ CARVALHO RAMOS, A. de. O Princípio do Non-Refoulement no direito dos refugiados: do ingresso à extradição. **Revista dos Tribunais**, v. 892, p. 347-376, 2010. p. 357.

¹⁴² Para uma análise importante do tema, cf. MENEZES, Wagner. . A Reforma da ONU: Perspectivas a partir do Direito Internacional. Seminário sobre a reforma da ONU do Itamaraty. 1 ed. Brasília: Funag, 2010

¹⁴³ Para entender a construção do direito dos refugiados no Brasil, conferir ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Direitos Humanos e não-violência*. São Paulo: Ed. Atlas, 2001, p. 122.

¹⁴⁴ DE VRIES, K. An assessment of “Protection in Regions of Origin” in relation to European Asylum Law.

Esses tipos de acordos de partilha de responsabilidades foram bem-sucedidos em uma base limitada no passado e estão na expectativa para exercer um papel jurídico mais importante no futuro. Além disso, o ACNUR busca forjar um consenso internacional sobre as regras – principalmente nos Estados ocidentais – para o regresso dos requerentes de asilo¹⁴⁵ para os países tipicamente menos prósperos, chamados de seguidores da terceira via, por onde passaram no caminho. Muito se tem escrito sobre as diversas formas de “harmonização” no processo dentro da UE¹⁴⁶.

Além da Convenção, o Protocolo e suas fontes derivadas, que são instrumentos de direitos humanos¹⁴⁷, desempenham um papel cada vez mais importante no estado das práticas restritivas concernentes aos refugiados. A DUDH, no art. 14, diz: “Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países”. No art. 3º, a Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes (CAT) proíbe que um Estado-parte envie alguém para outro Estado onde existam razões substanciais para se crer que essa pessoa possa estar em perigo de ser vítima de tortura.

O art. 3º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia dos Direitos Humanos) proíbe a sujeição a tortura ou a tratamentos desumanos ou degradantes. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, por sua vez, tem interpretado essa disposição como sendo também de restrição a Estados-partes de enviar pessoas para outros Estados em que haja risco real da aludida conduta ocorrer. O efeito prático é o de estabelecer uma forma adicional de *non-refoulement*.

Além do contexto de refugiados, o direito internacional tem cada vez mais se preocupado com a migração de trabalhadores em geral e com os direitos dos trabalhadores migrantes, em particular. As normas jurídicas internacionais vieram à tona nas áreas de direitos humanos, direito do trabalho, direito comercial e desenvolvimento.

Normas de direitos humanos em geral também começaram a desempenhar um papel cada vez mais importante na internacionalização da política de migração. Uma série

European Journal of Migration & Law, v. 9, n. 1, p. 83-103. DOI: Article, 2007.

¹⁴⁵ Sobre concessão de asilo no período ditatorial da América Latina, cf. DALLARI, Pedro B. A. .

Constituição e relações exteriores. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 182.

¹⁴⁶ SHETTY, S. Equal Justice under the Law: myth or reality for immigrants and refugees. **Seattle Journal for Social Justice**, v. 2, 2003, p. 565.

¹⁴⁷ Para uma visão sobre a justiça internacional e os direitos humanos, cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

de acordos internacionais de direitos humanos exige respeito pela família. Outros conferem proteção específica à unificação familiar, com foco pontual sobre a criança, inclusive no contexto de migração. Ainda outros acordos internacionais insistem em mínimas proteções processuais, discutindo-se a possibilidade de não cidadãos poderem ser expulsos, na ausência de considerações de segurança nacional.

Outras normas internacionais refletem empreendimentos cooperativos entre Estados, a rigor na esfera da aplicação da lei. Acordos desse tipo têm sido forjados em áreas como a da imigração ilegal – em parte mediante acordos de readmissão –, tráfico de seres humanos e contraterrorismo¹⁴⁸.

Como é comum também em outras áreas avançadas do direito internacional, a UE proporciona o exemplo mais claro de regulação internacional das migrações¹⁴⁹.

De início, é pertinente lembrar que, no seio da UE, há diferentes mecanismos para a liberdade de circulação dos nacionais dos Estados-membros desse organismo – e seus familiares de fora da UE – para outros Estados-membros. Em segundo lugar, a UE criou uma série de medidas, algumas concluídas e outras em andamento, para a harmonização de determinadas regras substantivas e processuais, visando lidar com os requerentes de asilo e, em alguns casos, com outros imigrantes¹⁵⁰.

Há uma clara preocupação sobre o que explicaria o aumento da disposição dos Estados para aceitar a regulamentação internacional sobre nacionalidade e migração. Alguns motivos podem ser citados¹⁵¹. Mesmo que os Estados tenham interesses legítimos para poder decidir o que entra em seu território, eles aceitaram a necessidade de uma regulamentação internacional sobre o fluxo de bens, serviços, dinheiro, informações e até mesmo de ideias – especialmente de propriedade intelectual – para além das fronteiras nacionais.

Isso foi feito, pois as implicações internacionais são tão óbvias que algum papel legítimo para a comunidade internacional dificilmente pode ser negado. Estados-membros

¹⁴⁸ BRIGGS, V. M. *Immigration Policy and the American Labor Force*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1984, p. 33.

¹⁴⁹ TRAUNER, F.; KRUSE, I. EC visa facilitation and readmission agreements: a new standard EU Foreign Policy Tool? *European Journal of Migration & Law*, v. 10, n. 4, p. 44.

¹⁵⁰ TRAUNER, F.; KRUSE, I. EC visa facilitation and readmission agreements: a new standard EU Foreign Policy Tool? *European Journal of Migration & Law*, v. 10, n. 4.

¹⁵¹ VERSCHUEREN, H. European (internal) migration law as an instrument for defining the boundaries of national solidarity systems. *European Journal of Migration & Law*, v. 9, n. 3, p. 307-346. DOI: Article, 2007.

têm percebido que o movimento de seres humanos¹⁵² pelas fronteiras nacionais apresenta questões que não são diferentes de um Estado para outro¹⁵³.

Os Estados estão cada vez mais conscientes de que, a cada ato de imigração para um Estado, há um ato correspondente da emigração de um Estado – acontecendo o inverso a qualquer momento em que o Estado nega a admissão a alguém. O resultado prático é que a pessoa acabará por entrar em outro Estado. O Estado que toma a decisão de admissão não é, portanto, o único Estado com um interesse legítimo no resultado.

Com os avanços tecnológicos de informação que facilitam o acesso ao transporte, as pessoas são muito mais móveis do que em épocas anteriores. Esse fato não se limita a acentuar a importância de decidir em que medida a migração deve ser regulamentada em nível internacional, mas também multiplica o impacto da migração para os países afetados.

Hoje, os movimentos internacionais de pessoas estão cada vez mais multinacionais, e não apenas binacionais – o que é especialmente verdade em relação aos refugiados, mais propensos a procurar o primeiro porto em uma tempestade e retomar a viagem tempos depois. Os resultados são rotas tortuosas que envolvem um número maior de países.

No caso dos refugiados, a comunidade mundial tem reconhecido que os acordos internacionais podem tornar as migrações mais seguras, mais ordeiras, mais previsíveis e mais justas para os países cuja proximidade geográfica com os países de origem os deixam suscetíveis a responsabilidades desproporcionais¹⁵⁴.

Algumas das migrações contemporâneas mais importantes trazem problemas relacionados à cooperação internacional, os quais incluem o terrorismo, o tráfico de seres humanos e a imigração ilegal. Uma vez que se aceita a legitimidade de uma regulamentação internacional das políticas que regem a admissão e expulsão de estrangeiros, a aceitação do regulamento internacional da determinação de quem é nacional decorre logicamente. Caso contrário, um Estado poderia não assumir a nacionalidade de uma pessoa, a fim de vencer as limitações sobre exclusão e expulsão¹⁵⁵.

¹⁵² Sobre o direito constitucional internacional e os direitos humanos, cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁵³ RUBENSTEIN, K. Globalisation and citizenship and nationality. *SSRN eLibrary*. 2003. p. 78. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=530382>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

¹⁵⁴ WENK, M. G. The refugee: a search for clarification. *International Migration Review*, v. 2, n. 3, p. 62-69, 1968.

¹⁵⁵ GROSBY, Steven. Antinomies of individuality and nationality. *Qualitative Sociology*, v. 18, n. 2, 2006. Disponível em: <<http://www.springerlink.com/content/a41k85710j41n16k/>>. Acesso em: 17 jul. 2010.

Além disso, o número muito maior de pessoas com dupla nacionalidade no mundo e os possíveis conflitos apresentados por esse fato induzem os Estados a fazer acordos internacionais em muitos contextos. Deve-se lembrar também que o direito internacional clássico foca em Estados como os possuidores de direitos exclusivos. E ele tem dado lugar a um regime que encontra espaço para o reconhecimento dos direitos humanos dos indivíduos.

Esse regime moderno exige um corpo de normas internacionais para definir e proteger os direitos em referência. Em particular, os acordos internacionais como a Convenção de Combate ao Racismo e a Convenção dos Direitos da Mulher, bem como as proibições específicas contidas nas mais genéricas convenções sobre direitos humanos, constituem agora um princípio de não discriminação, orientador para a comunidade internacional.

Em um mundo em que funcionários do governo exercem um poder físico impressionante sobre os indivíduos, a necessidade de proteção tornou-se vital. Entre as proteções estavam a existência de um Estado com o poder e a responsabilidade de intervir e a vontade da comunidade internacional de intervir quando o Estado da nacionalidade ou é incapaz, ou não o quer fazer¹⁵⁶.

O crescente reconhecimento de que os seres humanos são capazes de alianças múltiplas passou para a esfera internacional. Nessa sociedade mais cosmopolita, a cidadania nacional como fonte de direitos tem sido desvalorizada e o papel da comunidade internacional tem sido expandido em termos proporcionais.

Por um tempo, pode ter passado a impressão que a globalização iria deixar intocados esses dois elementos anteriormente sacrossantos da soberania do Estado – para decidir quem são os nacionais de um Estado e quais cidadãos não admitir em seu território. Como este trabalho busca demonstrar, a lógica da globalização deixa pouca razão para isolar definitivamente essas duas funções clássicas de soberania da regulação internacional. Em termos aparentes, a globalização abrange, hoje, as políticas de Estado da nacionalidade e da imigração, assim como é fato que ela acaba por envolver outros campos da atividade humana¹⁵⁷.

¹⁵⁶ VERSCHUEREN, H. European (internal) migration law as an instrument for defining the boundaries of national solidarity systems. **European Journal of Migration & Law**, v. 9, n. 3, p. 307-346. DOI: 10.1163/138836407X225696, 2007.

¹⁵⁷ RUBENSTEIN, K.; ADLER, D. International Citizenship: the future of nationality in a globalised world.

Pelo que se percebe, o Estado tem suas decisões sobre concessão de nacionalidade e, em especial, as relativas ao ingresso de estrangeiros em seu território limitadas pelo direito internacional. Dessa forma, se não houvesse limitação por parte da regulação internacional, o Estado poderia livremente impedir a entrada de estrangeiros¹⁵⁸.

Em essência, é esse o entendimento que se quer combater aqui, ou seja, tem-se como propósito mostrar que a proteção internacional dos direitos humanos exige que se justifique a diferenciação que se concretiza porventura no caso real. É, portanto, necessário que se entenda em que momento pode ser inserida a nacionalidade, ou a ausência dela, como base para se impedir a entrada do estrangeiro.

É indubitável que a nacionalidade pode ser utilizada como fundamento para diferenciação, sendo comum encontrar países que, por questões de estímulo ao comércio local, dão incentivos tributários aos não nacionais, quando não residentes, para compra de produtos em suas viagens, em especial as turísticas¹⁵⁹.

Nesse caso, a nacionalidade é utilizada para dar benefícios ao estrangeiro, pois, assim, haveria um crescimento da economia local e não haveria a chamada exportação de impostos. A dúvida recai sobre a utilização da nacionalidade para impedir que o não nacional entre no território do Estado. Sabe-se que o Estado é detentor dessa prerrogativa e a exerce. O que se busca é uma sistematização lógica da conduta.

A proteção aos direitos sociais, tidos como direitos de segunda dimensão, pode estar na raiz da fundamentação. Em uma visão inicial sobre o tema, pode ser dito que as decisões alocativas exigem que, para a busca da efetivação dos direitos sociais, os recursos existentes sejam levados em conta.

Quanto mais escassos forem os recursos e mais amplos forem os direitos sociais, maior será a possibilidade de o Estado impedir a entrada de estrangeiros em seu território. Essa poderia ser tida como mais uma das várias escolhas trágicas feitas pelo Estado.

2.4 Os direitos sociais, as escolhas trágicas e o direito de ingresso

A efetivação de direitos sociais exige a utilização de recursos por parte do Estado. Como, na maioria das vezes, esses são recursos financeiros, escassos para grande parte dos países do mundo, torna-se central na construção de direitos sociais a escolha que envolve em quê e como utilizá-los. Saber se essa escolha pode ser controlada judicialmente é uma informação importante a ser buscada, pois, no limite, a decisão judicial competiria com a decisão administrativa.

A discussão sobre a judicialização da política¹⁶⁰ é destacada no campo das decisões difíceis, porém, o que se procura é encontrar uma lógica para a tomada de decisão sobre a entrada ou não de estrangeiros. Nesse ponto, pode-se identificar a mesma lógica existente nas escolhas trágicas.

Para tanto, faz-se necessário proceder à identificação daquilo que pode ser caracterizado como uma escolha trágica.

Conforme descrito por Calabresi e Bobbitt¹⁶¹, a escolha trágica é aquela que coloca como consequência necessária a limitação de um direito fundamental, em especial direitos sociais.

Os autores exemplificam com a decisão de compra de máquinas de hemodiálise, que vai, necessariamente, limitar recursos da saúde em outros setores, acarretando diminuição de acesso a direitos sociais. Em termos mais genéricos, os escassos recursos médicos também são referidos várias vezes e outros exemplos, como os pulmões de ferro e as operações cardíacas, são mencionados.

Para se iniciar pelos exemplos com o intuito de se chegar à teoria, além da hemodiálise e outros casos médicos, que carregam, na essência, um conteúdo de escolhas com consequências trágicas, é possível identificar outros dois possíveis paradigmas: o direito de ter filhos; e a política de imigração, ou seja, a que permite ou não a entrada de estrangeiros no território, como hipóteses de escolhas trágicas. Restringir o direito das famílias de terem mais filhos pode limitar a vida e permitir ou não a entrada de estrangeiros pode impedir o acesso desses a direitos sociais.

¹⁶⁰ Dentre os autores que tratam do tema, é possível citar RAMOS, E. da S. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁶¹ CALABRESI, G.; BOBBITT, P. **Tragic choices**, p. 177.

A decisão de impedir a concepção da vida ou a entrada de estrangeiros está fundada na disponibilidade de recursos escassos para efetivação de direitos sociais. Em ambas as decisões, no entanto, a interferência, ou seja, a limitação da natividade ou do ingresso, somente deveria ser feita se o comprometimento dos recursos fosse claro e necessário; assim, os Estados que dessa maneira agissem deveriam ter pesquisas científicas demonstrando a necessidade da restrição de direitos.

Calabresi e Bobbitt¹⁶² trazem outros exemplos, não menos controvertidos, que são: a permissão de passagens de nível como uma medida de segurança rodoviária; a pena de morte; a distribuição de alimentos em um período de fome ou de água em uma seca; a escolha dos ocupantes de um barco salva-vidas se não houver espaço suficiente para todos e a definição de temas para a experimentação médica.

Com base nos exemplos citados e a ordem de prioridade neles inserida, pode-se construir uma definição plausível para a expressão “escolhas trágicas”. A escolha trágica é aquela que coloca o agente público diante de um ato administrativo discricionário com potencial envolvimento de consequências ligadas à vida e à morte dos destinatários do ato. Ela pode, segundo Posner¹⁶³, comprometer, alternativamente, ainda, outros bens vitais para os indivíduos, como, por exemplo, a inserção de novos indivíduos em uma comunidade, em que políticas alternativas tecnicamente viáveis terão o efeito, quer tenham ou não a intenção, de distribuir os recursos escassos em quantidades diferentes ou de maneiras diferentes entre os possíveis beneficiários.

As características dessa definição são analisadas com foco nos exemplos ora elencados, de modo a visualizar as inclusões e as exclusões. A definição que se busca especifica um campo de instrução que, apesar de não autossuficiente, tem características particulares que a destaca como singular, que tem como essência os casos de vida e morte¹⁶⁴.

Embora seja possível dizer que Calabresi e Bobbitt¹⁶⁵ teriam exagerado em chamar as escolhas de trágicas, pois a tragédia passaria longe do que se quer expor pelos autores,

¹⁶² Ibidem, p. 170.

¹⁶³ POSNER, E. Introduction to a Conference on Rational Choice and International Law, v. 31, n. S1, **J. Legal Stud.**, 2002. p. 5.

¹⁶⁴ CALABRESI, G.; BOBBITT, P., **Tragic choices**, p. 127.

¹⁶⁵ Ibidem.

segundo Barry¹⁶⁶, em rigor, ela se configuraria quando da existência de valores inconciliáveis.

Há, no entanto, referência a situações trágicas, que seriam mais próximas dos conflitos de valores, o que, em essência, podem ser tidos como casos insolúveis. Em outras palavras, há casos em que a escolha trágica não obedece uma lógica, pois envolve valores. A decisão, então, dependerá da régua de valores de quem vai decidir. O juiz, caso chamado a decidir, deve considerar a régua determinada pela sociedade. Para isso, a política pública deve ser definida para que se possa perceber se o ato atacado se distancia dela.

As chamadas escolhas trágicas recaem, assim, sobre a definição das políticas sociais. Não se trata de decisão individual, como, *v.g.*, a decisão de determinado indivíduo sobre parar de fumar ou usar o cinto de segurança, o *locus* dos conflitos implicados na escolha trágica deve ser a sociedade.

Existe, no entanto, um grande obstáculo a ser superado, tendo-se em vista que uma sociedade está sujeita a conflitos inconciliáveis entre os vários grupos que a compõem, em especial nas situações em que esses grupos advogam opiniões diferentes, por vezes antagônicas, como, *v.g.*, o direito à vida contra o direito de escolha, quando se trata do aborto¹⁶⁷.

Poderia haver, assim, uma combinação de forças dos dois lados na mesma sociedade, com conflitos inconciliáveis entre as diferentes tendências e pessoas. Os conflitos que exigem as escolhas trágicas demonstram que a sociedade como um todo está sujeita a conflitos entre seus membros, os quais, muitas vezes, se mostram de difícil (ou impossível) solução.

Em especial no tocante à circulação de indivíduos pelo mundo, que envolve a proteção de direitos fundamentais, é necessário, contudo, encontrar um raciocínio lógico jurídico que embase a decisão, que não pode ficar ao sabor da vontade política da maioria, tendo em vista que um dos grupos interessados não tem peso político para influenciar a decisão a ser tomada. Em outras palavras, não se pode afastar o elemento jurídico da decisão, não sendo possível que ela fique exclusivamente nas mãos dos atores políticos.

¹⁶⁶ BARRY, B. Review: Tragic choices. *Ethics*, v. 94, n. 2, p. 303-318, 1984. p. 304.

¹⁶⁷ A Corte Europeia de Direitos Humanos tem decidido, sobre a permissão ou não do aborto, que esse tema envolve uma margem de apreciação nacional, não sendo possível para ela interferir na decisão interna acerca do assunto (cf. CARVALHO RAMOS, A. de. **Direitos humanos na integração econômica**: análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Europeia e Mercosul).

Essencial, portanto, a exacerbação do caráter contramajoritário da proteção internacional dos direitos fundamentais¹⁶⁸, o que resultará na proteção das minorias, aqui entendidas como grupo não hegemônico, mesmo que tenham mais componentes que os que estão na posição de decidir sobre o caso.

As escolhas trágicas ganham especial atenção em situações de restrição econômica e de diminuição dos recursos, já escassos, governamentais. Nesse passo, a crise econômica global representa uma ameaça grave aos direitos econômicos e sociais, mas é também uma oportunidade para repensar a forma como se mantêm os Estados responsáveis pela sua realização. A efetivação dos direitos sociais deve ser articulada com a realização de políticas públicas globais, visando à potencialização da utilização dos recursos escassos, para que se orientem as respostas políticas à crise.

Trata-se de se intensificarem os esforços para a identificação de métodos destinados à tomada de decisões trágicas, com o objetivo de controlar o cumprimento, pelos governos, das obrigações pertinentes à efetivação dos direitos sociais.

A crise é também uma oportunidade para que se repense o papel do Estado na regulação da criação de riqueza e redistribuição de seus benefícios para a realização universal dos direitos econômicos e sociais¹⁶⁹. Os impactos transnacionais da crise demonstram a necessidade de responsabilização, em termos globais, e a afirmação mais vigorosa da responsabilidade dos Estados no tocante ao respeito, à proteção e à satisfação dos direitos sociais, que não encontram, juridicamente, barreiras nas fronteiras políticas nacionais¹⁷⁰.

Como as respostas para a crise têm mostrado, os progressos realizados na promoção da justiciabilidade dos direitos sociais não têm sido acompanhados, na arena da política, da respectiva política pública, que serviria para melhor utilizar os escassos recursos governamentais¹⁷¹.

¹⁶⁸ Sobre o tema, em especial no tocante à internacionalização da proteção dos direitos humanos, cf. idem. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 49-79.

¹⁶⁹ Cf. ANDERSON, R. D.; YUKINS, C. R. International Public Procurement Developments in 2008; Public Procurement in a World Economic Crisis. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1356142>. Acesso em: 17 jul. 2010.

¹⁷⁰ É o caso dos vários nacionais de países vizinhos ao Brasil que para cá se dirigem com o propósito de efetivar direitos sociais, em especial, relativos à saúde.

¹⁷¹ Importante estudo sobre os beneficiados por remédios concedidos judicialmente foi realizado por AFONSO DA SILVA, V.; TERRAZAS, Fernanda V. Claiming the right to health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded. **SSRN eLibrary**. 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1133620>>. Acesso em: 14 abr. 2010.

Preencher essa lacuna envolverá ainda liberar o potencial de coesão econômica, social, cultural e defesa dos direitos humanos como uma poderosa ferramenta de mobilização e transformação social¹⁷².

Em um quadro de comparação dos diferentes mecanismos de decisão institucionais são comparados, é possível analisar as razões puramente egoístas que poderiam fazer os indivíduos afetados tomar uma ou outra decisão. Essas razões, basicamente, refletem a intenção de reforçar-se uma dotação própria de bens materiais. Portanto, quanto menos interferência a decisão traz para os grupos de pressão internos, portanto, melhor para quem a toma. Por óbvio, em uma análise isenta do tema, o estrangeiro ilegal, sem direito a voto, ficaria cada vez menos protegido em termos políticos em face de uma decisão causadora de danos aos seus interesses¹⁷³.

Em uma situação correlata, exemplifica-se com a utilização de energia nuclear por determinado país. Como é sabido, a geração de energia nuclear resulta na produção de resíduos nucleares. Para se decidir sobre a continuação da produção de energia, tendo em vista as consequências ambientais por ela ocasionadas, poderá haver um referendo sobre a possibilidade de fechamento das centrais nucleares existentes¹⁷⁴.

Os cidadãos terão de decidir se continuam com o conforto da energia nuclear e arcam com as consequências ambientais. Caso decidam pela continuidade, deverão discutir a destinação dos resíduos em seu território, tomando como pressuposto a impossibilidade de outro país do mundo recebê-los. Ao encontrarem um local para o seu depósito, será discutido se a localização é benéfica para toda a população, porque os resíduos, no futuro, poderão ser tratados, mas isso não é possível nos dias de hoje, e as pessoas que ficarem com o depósito desse lixo no quintal teriam argumentos contrários¹⁷⁵.

A tendência natural é que, ao afastar o véu de ignorância de Rawls¹⁷⁶, o indivíduo procure afastar também os problemas, mesmo que potenciais na sua visão, da região que fica nas proximidades da casa dele¹⁷⁷.

¹⁷² A lógica da proteção dos direitos sociais ainda se alicerça no caminho individual, quando discutida em juízo, por mais que existam ações coletivas nesse sentido. Levar a proteção para a construção das políticas públicas poderá fazer, assim, que os recursos cheguem a um maior número de pessoas.

¹⁷³ POMMERHNE, W. W.; HART, A.; SCHNEIDER, F. Tragic choices and collective decision-making: an empirical study of voter preferences for alternative collective decision-making mechanisms. **The Economic Journal**, v. 107, n. 442, p. 618-635, 1997.

¹⁷⁴ ALDER, J. Dissents in Courts of Last Resort: tragic choices? **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 20, n. 2, p. 221-246, 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=821571>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

¹⁷⁵ Ibidem.

¹⁷⁶ Segundo Rawls, o véu de ignorância serviria para que o criador da norma conseguisse construí-la da

As decisões, como se pode perceber, são produto de um embate interno, tendo subjacentes os interesses dos grupos envolvidos, como é o caso da destinação de resíduos nucleares. Nesse caso, haverá embate entre os interesses internos para que, depois disso, seja possível realizar a escolha trágica. É possível verificar que, para algumas pessoas, o resultado da decisão é tido como benéfico, ao passo que, para outras, como inconveniente.

No caso, há resultados positivos para todo o país, já que uma condição prévia para a utilização da energia nuclear, ou seja, a presença de instalações de armazenamento dos resíduos, é preenchida, tendo-se em vista a identificação de um depósito à sua disposição. Na vizinhança imediata ao local, entretanto, a instalação é, obviamente, vista de forma bastante diferente. Aqui, os efeitos negativos dominam. O mesmo pode ser identificado nos casos de escolha de município para instalação de penitenciária.

A conduta em prol da comunidade, embora benéfica para a maioria dos indivíduos na sociedade, dificilmente irá acontecer com espontaneidade. Logo, a fragilidade do estrangeiro se encontra na falta de cidadania no local em que será tomada a decisão sobre a sua entrada ou não¹⁷⁸. A escolha trágica, nesse caso, exceto se contida pela proteção dos direitos humanos, terá maior probabilidade de trazer prejuízo ao estrangeiro.

Desde 1776, quando foi publicado o livro de Adam Smith sobre a riqueza das nações¹⁷⁹, os economistas foram céticos no tocante à importância econômica das fronteiras políticas; no entanto, com o surgimento do constitucionalismo social, ela não pode ser descartada. No que tange aos economistas, esse ceticismo é o mais forte no tocante à troca de bens e serviços.

Para os economistas, o comércio internacional livre se assenta no reconhecimento de que todo o comércio se trava entre as pessoas. Não faria sentido tratar alguns negócios de uma forma e outros de maneira diversa; porém, não se discutia, então, a livre circulação

forma mais justa possível, pois não saberia qual seria o seu papel na sociedade após criá-la (RAWLS, J. A *Theory of Justice*. New Delhi: Universal Law Publishing, 2005).

¹⁷⁷ POMMERHNE, W. W.; HART, A.; SCHNEIDER, F. Tragic choices and collective decision-making: an empirical study of voter preferences for alternative collective decision-making mechanisms. *The Economic Journal*, v. 107, n. 442.

¹⁷⁸ Sobre a construção de uma cidadania mundial, cf. RUBENSTEIN, K.; ADLER, D. International Citizenship: the future of nationality in a globalised world. *SSRN eLibrary*. 2000, p. 17. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=231675>>. Acesso em: 3 abr. 2010.

¹⁷⁹ Com recente edição brasileira (SMITH, A. *A riqueza das nações*. 1. ed., 2. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009).

de pessoas, excetuando-se Vitória, com seu *jus communicationis*¹⁸⁰, conforme identificado por Kosirnik¹⁸¹.

A livre circulação de mercadorias pelo mundo enfatiza a necessidade de se diminuir a importância econômica das fronteiras políticas. No tocante à circulação de pessoas pelo mundo, o mesmo deveria acontecer. As pessoas, afinal, são ativos, ou, usando uma terminologia cunhada pelo estudioso pioneiro Becker¹⁸², *capital humano*. Não se pode esquecer, todavia, que o povo não é apenas formado por quem está economicamente ativo.

Cada um dos membros da sociedade é produtor de um valor positivamente reforçado pelo conhecimento, pelas habilidades de trabalho e pelas oportunidades para trabalho em relações de complementaridade com os outros. Ser produtor, num momento em que as pessoas se movem pelas fronteiras e em que muitas das mesmas questões econômicas na vanguarda sobre o comércio internacional de bens e serviços estão em jogo, é extremamente relevante, pois fará o sujeito se inserir em alguma estrutura de tomada de decisões.

Assim como as importações tendem a reduzir o preço da mercadoria nacional e diminuir os ganhos dos produtores nacionais, a entrada de estrangeiros pode gerar maior competitividade no mercado de trabalho e maior demanda pela efetivação de direitos sociais, pressionando os escassos recursos governamentais.

Há diferenças entre comércio internacional e migração, no entanto, em ambos os casos, deve-se identificar que as pessoas não são apenas os produtores, trabalhadores e empresários, elas também são consumidores. As pessoas circulam e consomem serviços e produtos fabricados em várias partes do globo.

A preocupação levantada pela migração econômica é a de que a economia nacional poderá ver o crescimento da população apenas nas classes mais baixas, pois a riqueza nacional cairá se o número de pessoas que produzem for menor do que o número de pessoas que consomem; no entanto, há toda razão para se crer que os imigrantes são comparáveis aos cidadãos nacionais como produtores.

¹⁸⁰ VITÓRIA, F. de. **Os índios e o direito da guerra**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 92. (Coleção Clássicos do Direito Internacional). Tradução de: De indis et de jure belli relectiones.

¹⁸¹ KOSIRNIK, R. Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria (Topicality of the Legal Thinking of Francisco de Vitoria). **International Review of the Red Cross**, v. 30, n. 274, p. 74-76. DOI: 10.1017/S0020860400075264, 1990.

¹⁸² BECKER, G. S. **Human capital a theoretical and empirical analysis, with special reference to education**, Human behavior and social institutions. 2th ed. New York: National Bureau of Economic Research, 1975. p. 37.

É, contudo, necessário lembrar que parte da população entenderá que o bem-estar social financiado pelo contribuinte e outros serviços sociais não devem ser disponibilizados para os migrantes – situação completamente diferente daquela em que o poder constituinte originário não faz essa diferenciação, garantindo direitos sociais para todos.

Nessas situações, como identificado no caso brasileiro, além dos europeus ligados ao sistema de proteção regional dos direitos humanos, se não há como permitir a criação de cidadãos de segunda classe, é exigência a garantia de direitos sociais. A escolha trágica não está em definir quem proteger, mas em quem entra no país, pois, se entrarem, devem ter os direitos sociais garantidos.

Com foco agora nos Estados Unidos, pode-se concluir que os migrantes não se deslocam para lá em busca de efetivação de direitos sociais, pois não há, nesse país, a garantia dos referidos direitos, em especial para estrangeiros¹⁸³. Mesmo em um país em que os imigrantes não têm direito ao bem-estar financiado pelo contribuinte, no entanto, há quem defenda que a migração é economicamente prejudicial, em face do risco de os migrantes consumirem mais do que produzem¹⁸⁴, além de trazerem impactos no valor da mão de obra, diminuindo-se, com isso, o valor dos salários pagos.

Pode-se ilustrar com um exemplo para demonstrar que o entendimento ora apontado é equivocado: “A”, um imigrante hipotético, chega a um país em que não se garantem direitos sociais a todos – no qual ele ficaria fora da lista dos protegidos – e imediatamente começa a procurar emprego. Antes de encontrar um trabalho, no entanto, “A” deve conseguir alimentos, roupas e abrigo. Ele pode fazer isso a partir de fundos que trouxe de seu país natal ou pode depender da bondade da família, de amigos ou de instituições beneficentes privadas. Qualquer que seja o caso, nenhum nacional do país que o recebe será prejudicado porque essas transferências são voluntárias.

A situação se altera caso “A” se envolva em um furto, pois aí haverá prejuízo efetivo a nacionais. Mas o direito penal é o instrumento adequado para lidar com essa conduta. Restringir a migração, alegando que é possível haver aumento de criminalidade

¹⁸³ SAIZ, I. Rights in recession? Challenges for economic and social rights enforcement in times of crisis. **J. Human Rights Practice**, v. 1, n. 2, p. 277-293, 2009. p. 22.

¹⁸⁴ STIGLITZ, J. E. **Freefall**: America, free markets, and the sinking of the world economy. New York: W. W. Norton & Company, 2010. p. 48.

seria como negar licenças de condução a todos, apenas porque uma pequena porcentagem de pessoas dirige de forma imprudente¹⁸⁵.

Se, no entanto, “A” não vier a se envolver com a criminalidade, se não tiver nenhuma habilidade de qualquer valor para o país que o recebe, ninguém nesse país estará disposto a lhe pagar por aquilo que faz¹⁸⁶. Nesse caso, no entanto, pode-se dizer que “A” acabará por voltar para casa e nenhum nacional será prejudicado. Porém, num país em que há proteção e aplicação de direitos sociais, ainda que de forma parcial, haverá períodos de fruição desses direitos, acarretando dispêndios ao Estado receptor.

Em uma visão diversa, Boudreaux¹⁸⁷ entende que “A”, em uma situação como essa, identificando que não conseguiria produzir nada necessário no país de destino, decerto não teria saído de sua origem, alegando que pessoas tão destituídas de competências não seriam suscetíveis de sair de casa em busca de trabalho em uma economia externa com alto grau de competitividade.

Não se pode tomar, no entanto, a afirmação de Boudreaux¹⁸⁸ como totalmente correta para os países que buscam declarar direitos sociais. Nesse caso haverá impacto na destinação dos recursos escassos.

Os contrários à migração também temem que ela, se incontrolada, conduza à superlotação. Essa preocupação é, para Sharfstein¹⁸⁹, exagerada; contudo, há indícios de que consequências podem ser identificadas, em especial na construção de políticas públicas.

Para que se possa melhor visualizar a questão, é pertinente ilustrar com um exemplo pontual. Desde 1960, os Estados Unidos recebem uma onda de imigração. De acordo com Chang¹⁹⁰, a parcela da população de origem estrangeira superou 10% em 2000,

¹⁸⁵ SHARFSTEIN, D. J. Crossing the Color Line: Racial Migration and the One-Drop Rule, 1600-1860. **SSRN eLibrary**. 2005. p. 31. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1124999>. Acesso em: 21 mar. 2010.

¹⁸⁶ HERZOG, B. Nationalism and multiculturalism in a world of immigration by Nils Holtug, Kasper Lippert-Rasmussen & Sune. **Nations and Nationalism**, v. 16, n. 2, p. 375-377. DOI: 10.1111/j.1469-8129.2010.00445_1.x, 2010.

¹⁸⁷ BOUDREAUX, D. J. The strategic Constitution: on the logic of rules and rights. **American Law and Economics Review**, v. 3, n. 2, p. 368-375, 2001. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=874191>>. Acesso em: 8 abr. 2010.

¹⁸⁸ BOUDREAUX, D. J. The strategic Constitution: on the logic of rules and rights. **American Law and Economics Review**, v. 3, n. 2, p. 368-375, 2001. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=874191>>. Acesso em: 8 abr. 2010.

¹⁸⁹ SHARFSTEIN, D. J. Crossing the color line: racial migration and the one-drop rule, 1600-1860. **SSRN eLibrary**. 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1124999>. Acesso em: 21 mar. 2010.

¹⁹⁰ CHANG, H. F. The immigration paradox: poverty, distributive justice, and liberal egalitarianism. **SSRN eLibrary**. 2003. p. 5. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=414561>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

respondendo os novos migrantes por quase metade do crescimento recente da população do país. Três questões políticas são tidas como fundamentais para o atual debate da migração¹⁹¹.

A primeira diz respeito ao nível e à composição da imigração legal. Os Estados Unidos admitem um número relativamente grande de imigrantes com baixos níveis de educação e baixa qualificação profissional. O aumento da imigração dos menos qualificados pode reduzir salários dos trabalhadores nativos.

A segunda questão refere-se a definir o que fazer com a imigração ilegal. Estrangeiros ilegais representam um terço dos novos migrantes para os Estados Unidos. Fica ainda em aberto a reflexão sobre se a política migratória deve tentar substituir a migração ilegal em grande escala pela migração temporária de trabalhadores estrangeiros.

A terceira questão diz respeito a saber se os migrantes devem receber direitos sociais do Estado¹⁹². Caso não sejam concedidos tais direitos, haveria uma diminuição das transferências fiscais dos nativos aos migrantes. Também haveria uma diminuição de transferência dos recursos dos migrantes para o Estado em que se encontram, transferência representada, especialmente, por pagamento de tributos indiretos aos nacionais¹⁹³.

A imigração de trabalhadores não qualificados constitui um problema fundamental para os liberais. Embora, do ponto de vista do bem-estar econômico dos nativos, a política ideal fosse a de admitir que esses estrangeiros ingressassem como trabalhadores temporários, essa política liberal violaria os ideais igualitários, tendo em vista que a obstrução da circulação afastar-se-ia das decisões morais¹⁹⁴.

Esses ideais determinam que os migrantes tenham os mesmos direitos que os trabalhadores residentes; assim, o direito de acesso à cidadania e ao conjunto de benefícios públicos prestados aos cidadãos deveria ser levado para os estrangeiros¹⁹⁵.

¹⁹¹ BRIGGS, V. M. **Immigration Policy and the American Labor Force**.

¹⁹² POMMERHNE, W. W.; HART, A.; SCHNEIDER, F. Tragic choices and collective decision-making: an empirical study of voter preferences for alternative collective decision-making mechanisms. **The Economic Journal**, v. 107, n. 442.

¹⁹³ NEITZ, M. B. Crisis on the Immigration Bench: an ethical perspective. **SSRN eLibrary**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1084262>. Acesso em: 20 mar. 2011.

¹⁹⁴ POMMERHNE, W. W.; HART, A.; SCHNEIDER, F., op. cit., p. 15-16.

¹⁹⁵ Sobre o tema, cf. RUBENSTEIN, K.; ADLER, D. International Citizenship: the future of nationality in a globalised world. **SSRN eLibrary**. 2000, p. 519, 525. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=231675>>. Acesso em: 3 abr. 2010; BENHABIB, S. **Democracy and difference**. New Jersey: Princeton University Press, 1996. p. 12.

Se, no entanto, é garantido um rol de direitos sociais como forma de se assegurar o bem-estar de todos os moradores, compete ao Estado determinar as políticas de admissão de estrangeiros, pois os cidadãos irão antecipar a carga fiscal que a imigração dos indivíduos de classes mais baixas imporá. Dessa forma, as escolhas trágicas sobre quem entra ou não no território devem considerar a garantia potencial de direitos sociais para todos aqueles que estiverem no território do Estado.

O compromisso de tratar esses trabalhadores como iguais, uma vez admitidos, limitaria a entrada, levando-os a uma situação mais delicada no momento do ingresso, já que poderiam aí passar por restrições maiores.

Um nacional pode evitar essa anomalia, adotando uma perspectiva cosmopolita, que envolve a preocupação igual com todas as pessoas, incluindo estrangeiros, o que sugere políticas de maior permissividade para a imigração de trabalhadores não qualificados. Segundo Chang¹⁹⁶, o problema surge com o paradoxo da imigração que é a visão global para maximizar os resultados da produção com a mitigação da concessão dos direitos sociais, pois os cidadãos, ao mesmo tempo em que sentem os benefícios da migração, mostram-se relutantes em suportar os encargos fiscais que o liberalismo cosmopolita impõe. Isso porque as restrições de viabilidade política podem implicar que programas de trabalhadores temporários sejam uma garantia de direitos sociais a trabalhadores estrangeiros não qualificados.

Da mesma forma, ao excluir os estrangeiros do mercado de trabalho e da sociedade, podem-se evitar as obrigações em que incorreria o Estado ao admiti-los. Assume-se que os limites são dados pela noção de um controle vindo de uma comunidade nacional¹⁹⁷.

Essa postura moral, contudo, produz uma anomalia. Se as políticas de admissão são pautadas apenas nos interesses dos nativos e imigrantes que já estão no país, então pode haver, por consequência, a recusa em admitir imigrantes pobres, pois haveria antecipação dos benefícios públicos que iriam consumir a carga fiscal que seria imposta aos residentes. A escolha trágica não resultaria, portanto, de início, o tratamento igualitário entre as partes;

¹⁹⁶ CHANG, H. F. The immigration paradox: poverty, distributive justice, and liberal egalitarianism. **SSRN eLibrary**. 2003. p. 12. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=414561>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

¹⁹⁷ POMMEREHNE, W. W.; HART, A.; SCHNEIDER, F. Tragic choices and collective decision-making: an empirical study of voter preferences for alternative collective decision-making mechanisms. **The Economic Journal**, v. 107, n. 442, p. 15, 16.

de fato, interessados na decisão ficariam de fora da discussão pertinente a eles, pois não estariam no país¹⁹⁸.

Ou seja, ao aceitar as obrigações de justiça distributiva em relação a eles, caso admitidos, haveria discussão sobre aplicação de direitos sociais a essas categorias, o que aumentaria a carga tributária¹⁹⁹.

Esses estrangeiros teriam sua entrada mais facilitada, se pudesse haver uma diferenciação entre os sujeitos de direito, criando-se indivíduos de segunda categoria; porém, isso é impossível de ocorrer, por força e conquista da evolução dos direitos humanos, em particular na sua característica contramajoritária²⁰⁰. O que é uma conquista para o indivíduo dá, assim, ao Estado a necessidade de controlar a entrada, em face de seus objetivos constitucionais.

Demonstra incoerência que políticas públicas possam servir para afastar os migrantes, por conta de um possível efeito negativo sobre o bem-estar dos moradores, porém, pela lógica da efetivação dos direitos sociais com recursos escassos, isso é passível de compreensão. Pode-se também identificar aqueles que defendem a criação de permissões de entrada com limitações a direitos. E aqui não se fala de entrada temporária, como no caso do turista.

A defesa da permissão da entrada para pessoas que teriam menos direitos, como atacada por Briggs²⁰¹, é um grande retrocesso e não poderia continuar sem que fossem expostas severas violações a direitos humanos, tanto no âmbito interno quanto no internacional.

Essa postura, no entanto, pode ser tida como prejudicial por aqueles que querem, a todo custo, deixar os seus países de origem, local em que passam também por privações, pois, mesmo com menos direitos, podem ter a falsa sensação de melhoria de vida no curto prazo. Esse paradoxo está no cerne da política de migração.

O compromisso de tratar o migrante como um igual pode virar-se contra o estrangeiro que busca ingressar em território alienígena. Se o ato de admissão desencadeia direitos justiciáveis, não é possível excluir indivíduos dessa proteção, nem mesmo com a

¹⁹⁸ WALZER, M. **Spheres of Justice**: a defense of pluralism and equality. New York: Basic Books, 1983. p. 110.

¹⁹⁹ CHANG, H. F. The immigration paradox: poverty, distributive justice, and liberal egalitarianism. **SSRN eLibrary**. 2003. p. 35. Disponível em: < <http://ssrn.com/paper=414561>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

²⁰⁰ CARVALHO RAMOS, A. de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**, p. 35.

²⁰¹ BRIGGS, V. M. **Immigration Policy and the American Labor Force**.

concordância deles, uma vez que se trata de direitos indisponíveis. Com efeito, se políticas de admissão são determinadas pelos interesses de apenas residentes, a seleção na entrada poderia fundamentar a decisão trágica de excluir os trabalhadores estrangeiros não qualificados.

Exceto se a decisão de admissão se referir ao estrangeiro como um igual, o resultado será perverso. A origem do paradoxo de imigração é, pois, a natureza contingente da obrigação de tratar o estrangeiro como um igual – o que pode induzir o intérprete a concluir que esse problema é inerente ao universalismo dos direitos humanos.

De toda forma, é possível dizer que a migração constitui tema controverso para as nações ocidentais no final do século XX e início do século XXI, assim como são os temas ligados a barreiras ao comércio e aos movimentos financeiros, que estão sendo desafiados e desmontados, em especial por conta das tecnologias de comunicação e transporte, responsáveis pelo encolhimento do mundo. Apesar disso, o que se percebe é que, por força dos argumentos aqui apontados, as barreiras à circulação de pessoas mantiveram-se rígidas.

É certo que a dificuldade de ingresso não recai sobre todos os estrangeiros, mas se concentra naqueles que não estão em classes privilegiadas. O nascimento em uma nação próspera do Ocidente é, segundo Carens²⁰², o equivalente contemporâneo de possuir privilégios feudais.

A esse propósito, surgem debates acerca do estatuto dos trabalhadores migrantes na Europa, das implicações da lei de nacionalidade britânica ou da crescente população de estrangeiros irregulares²⁰³ (não documentada) nos Estados Unidos. Tudo isso conduz à extração de diferentes perspectivas a respeito das questões de filiação, nacionalidade e adequação às disposições das diferentes leis de migração. É possível também ver os reflexos dessas exclusões, v.g., nas discussões sobre a lei de migração canadense, as controvérsias acerca da migração asiática para os australianos, que podem ser tidas como sintomas de tensões semelhantes no tocante ao local de origem dos migrantes nessas sociedades²⁰⁴.

²⁰² CARENS, J. H. **Culture, citizenship, and community**: a contextual exploration of justice as evenhandedness. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 42.

²⁰³ Para uma dimensão da importância que tomou o tema, cf. **UNDOCUMENTED Immigrant Debate: Introduction** (1 of 12). 2007. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=eWl4CzXVRA4&feature=youtube_gdata>. Acesso em: 13 abr. 2010.

²⁰⁴ WERBNER, P. The Translocation of culture: migration, community, and the force of multiculturalism in

No centro desses debates, em cada uma das suas manifestações, sempre está presente a problemática da migração, e a decisão sobre ela como uma escolha trágica, uma vez que há direitos sociais em discussão. Quantas pessoas devem entrar no território nacional? Qual é o número justo? Quem deve ser escolhido e como deve ser feita a escolha? A intransigência dos participantes desse debate é explicada, em parte, pelo fato de que a teoria, até o momento, não fornece uma resposta.

Não há teoria para avaliar se as leis específicas internas sobre imigração são suficientes, pois isso requer uma compreensão de justiça que pode abranger questões que avançam além das fronteiras nacionais. A norma na lei de imigração deve ter em conta as necessidades e reivindicações dos que estão fora da fronteira, bem como dos que estão do lado de dentro.

Contrário à ideia de que o impedimento de entrada seria uma violação de direitos, Walzer²⁰⁵ discorre sobre a teoria da justiça liberal e realiza uma análise detalhada da fronteira determinada pelo Estado. Ele defende que não só o fechamento das fronteiras é justo, mas também se trata de uma condição necessária para a justiça. Para Walzer²⁰⁶, a questão da adesão à comunidade precede a elaboração do seu conceito de justiça distributiva. Ao afastar-se dos pensamentos de Rawls e Dworkin, apesar de partir do mesmo ponto, ele passa a empreender uma investigação que o induz a afirmar que ambos os membros não estão sujeitos às normas de justiça e que o encerramento das comunidades é necessário para promover suas culturas distintas e personagens próprios.

Walzer²⁰⁷ constrói seu argumento por analogias entre a nação e o que chama de associações: bairros, clubes e famílias. Ele aduz que os bairros nas sociedades liberais podem ser abertos a novos membros só porque estão inseridos no cenário nacional. Como um clube, o acesso à sociedade nacional precisa ser controlado, mas a saída deve continuar a ser uma opção permitida. Com base na analogia da família, Walzer²⁰⁸ observa que as políticas de imigração liberais fazem, com frequência, adesão mais facilmente disponível para “parentes étnicos”, os membros de um tipo de família alargada.

history. SSRN eLibrary. 2005. p. 12. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=739205>. Acesso em: 21 mar. 2010.

²⁰⁵ WALZER, M. **Spheres of Justice**: a defense of pluralism and equality, p. 61.

²⁰⁶ Ibidem, p. 20.

²⁰⁷ WALZER, M. **Spheres of Justice**: a defense of pluralism and equality, p. 15.

²⁰⁸ Ibidem.

Concomitante a essa defesa firme da comunidade fechada nacional, Walzer²⁰⁹ reconhece que o princípio de ajuda mútua cria funções específicas para admitir alguns estrangeiros, cuja necessidade é a aceitação em si, e não podem ser satisfeita. Em uma assertiva que é, talvez, paradoxal, Walzer²¹⁰ argumenta que um pedido de asilo válido nunca pode ser negado, mas um número suficientemente grande de refugiados vai anular o dever de ajuda mútua, tendo em vista os seus impactos econômicos.

Em outras palavras, mesmo no caso de créditos de natureza estritamente humanitária para a admissão de migrantes, nem todos devem ser atendidos, em especial quando um Estado é confrontado com escolha entre refugiados, hipótese em que aqueles com mais semelhanças a membros da comunidade local devem ser admitidos. Walzer²¹¹ relaciona os limites de ajuda mútua para a definição da comunidade, afirmando que as comunidades dependem da relação entre os seus membros.

Enquanto não está claro o quão longe Walzer considera que o princípio do auxílio mútuo obrigue a acomodar os refugiados, ou mesmo os requerentes de asilo, é evidente em sua análise que esse direito só funciona às margens de uma comunidade justificadamente fechada. Ele adverte que o princípio de ajuda mútua não pode transformar as aceitações de estrangeiros em uma descaracterização da comunidade e do sentimento de que ela tem de si mesma²¹².

Vários aspectos da defesa de Walzer de fronteiras fechadas estão abertos a críticas. Há falhas em suas analogias entre os Estados e bairros, clubes, ou famílias. Ao contrário de um bairro, o Estado deve estar envolvido em matéria de governo, porém a aplicação de direitos humanos às relações privadas tem aproximado a família do Estado, em particular, no aspecto democrático. Enquanto um clube oferece uma analogia talvez mais atraente, os indivíduos não dependem, para adesão ao clube, de condições básicas de vida. Alguém que não tenha vinculação a um clube sequer, podendo ser chamado de um sem clube, não pode ser, portanto, comparado ao apátrida.

Bairros, clubes e famílias não detêm monopólios da força coercitiva e não podem implantar o exército para policiar suas fronteiras. A assertiva de Walzer²¹³ de que o fechamento é necessário para comunidades de caráter específico, visando à sua

²⁰⁹ Ibidem, p. 16.

²¹⁰ Ibidem, p. 18.

²¹¹ Ibidem, p. 25.

²¹² Ibidem, p. 98.

²¹³ WALZER, M. **Spheres of Justice**: a defense of pluralism and equality, p. 16.

estabilidade, não é totalmente justificada. Sua discussão de ajuda mútua para asilados é um qualificador importante para a teoria que defende. Walzer concorda que o seu conceito de justiça distributiva não pode ser simultaneamente aplicado aos membros de uma comunidade e aos de fora.

A relação entre o fechamento das fronteiras e a igualdade pode ser observada com mais clareza no trabalho de Galloway²¹⁴, em específico no que diz respeito à defesa das fronteiras fechadas. Embora o trabalho de Galloway seja menos influente do que o de Walzer, seu argumento constitui um desafio a mais, pois defende que as fronteiras fechadas são fundadas no liberalismo.

Galloway²¹⁵ alega que se a posição original de Rawls foi adaptada para um ponto de vista internacional, isto é, se fosse para escolher se e como organizar a vida humana em um sistema de Estado, o Estado seria caracterizado como um dispositivo de proteção para os indivíduos, não podendo ser aberto a outros que dele não fizessem parte.

O Estado liberal assume uma aparência semelhante à da associação familiar voluntária, promovendo efeitos múltiplos aos seus membros, além de equilibrar esses efeitos em face dos direitos dos seus membros. Como o Estado liberal existe para com essas funções promover os diferentes objetivos dos indivíduos que nele residem, a sua existência não pode criar o direito de os estrangeiros se tornarem membros. Galloway²¹⁶ sustenta ainda que os indivíduos não iriam crer na existência da plena liberdade de circulação, pois isso violaria a autonomia dos outros.

Galloway²¹⁷ introduz a igualdade em seu argumento com a assertiva de que, enquanto um Estado liberal permite que a decisão sobre a migração seja apenas dele, deve fazê-lo de forma não discriminatória. Mas propugna a criação de leis de exclusão de imigração, defendendo uma dignidade humana, que teria base em um modelo de igualdade como a medida mais adequada da não discriminação para o contexto da migração. A erosão da igualdade liberal que é demonstrada por Walzer²¹⁸ e preconizada por Galloway²¹⁹ é o principal motivo pelo qual os argumentos para o fechamento das fronteiras não são suficientes para atrair o consenso de grande escala nas sociedades liberais.

²¹⁴ GALLOWAY, D. **Inevitable Journey**. London: Muller, 1974, p. 49.

²¹⁵ Ibidem, p. 57.

²¹⁶ Ibidem, loc. cit.

²¹⁷ GALLOWAY, D. **Inevitable Journey**. London: Muller, 1974, p. 57.

²¹⁸ WALZER, M. **Spheres of Justice**: a defense of pluralism and equality.

²¹⁹ GALLOWAY, D., op. cit., p. 49.

Parte da promessa do liberalismo, especialmente popular na sua forma de consumo de massa, é o respeito pela igualdade individual. Aceitar a defesa de fronteiras fechadas que solapa a igualdade universal é, dessa forma, inconcebível para muitos liberais; porém, se a base for a construção de direitos sociais, por mais que se afaste da sociedade liberal, será possível encontrar lógica para o controle das fronteiras. A posição defendida por Walzer²²⁰ e Galloway²²¹ se distancia do direito internacional dos direitos humanos e demonstra quão desprotegidos podem estar os migrantes.

Uma resposta à falta de um padrão liberal de justiça que informa as decisões sobre o que é justo entre os membros e não membros de determinada sociedade é articular normas para a tomada de decisão com base em princípios dentro de uma sociedade particular, o que conduziria à ligação com a proteção de direitos sociais, ou mesmo liberais, que exigissem participação e atuação do Estado.

É oportuno lembrar que a divisão de Karel Vasak²²², desenvolvida em 1979, tem importância didática, percebendo-se, no entanto, de há muito, que mesmo os direitos chamados de primeira geração exigem que o Estado estruture, v.g., uma organização que garanta a vida, como segurança, saúde e, no caso da vida digna, educação.

Logo, a ligação essencial entre controle de fronteiras e respeito à universalidade de direitos fundamentais está exatamente na proteção dos direitos humanos, que, em essência, exigem atos estatais.

Cabe agora verificar se os Estados levam em consideração a lógica das escolhas trágicas ao realizar o exame para a admissão do ingresso do estrangeiro. Para tanto, é possível avaliar três modelos passíveis de utilização pelos Estados.

O primeiro é o modelo vitoriano, desenvolvido por Vitória²²³. Segundo a teoria vitoriana, abordada no item a seguir, a circulação pelo mundo de pessoas é completamente livre, podendo ser impedida apenas nas hipóteses em que ela cause dano ao país recebedor.

Como forma de fortalecimento da soberania estatal, surgiu um segundo modelo, que concede total liberdade ao Estado para impedir a circulação de indivíduos pelo mundo. Nesse caso, caberia exclusivamente ao Estado a decisão irrefutável relativa ao ingresso de estrangeiros em seu território.

²²⁰ WALZER, M., op. cit.

²²¹ GALLOWAY, D., op. cit.

²²² CARVALHO RAMOS, A. de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**, p. 82.

²²³ VITÓRIA, F. de. **Os índios e o direito da guerra**.

Os tratados internacionais de proteção de direitos humanos, que colocam o indivíduo como sujeito de direito, figurando no polo ativo das relações jurídicas, no âmbito internacional, tornam possível o surgimento de um terceiro modelo, no qual o Estado estaria adstrito a normas internacionais ao decidir sobre o ingresso de estrangeiros em seu território. Ele poderia impedir o ingresso, o que demonstraria o afastamento do primeiro modelo, porém, deveria fundamentar sua decisão negativa na necessidade de proteção a direitos, em especial os sociais, de seus nacionais. Isso que demonstra que esse modelo seria diferente do modelo da liberdade total do Estado.

2.5 A circulação de pessoas pelo mundo e a nacionalidade – da teoria vitoriana às restrições ao ingresso de estrangeiros

A migração internacional cujo destino são os Estados desenvolvidos alcançou um aumento durante a recessão econômica do início da década de 1970. Para combater a migração ilegal, as democracias economicamente desenvolvidas, como França, Alemanha e Estados Unidos, iniciaram controles sobre o movimento de pessoas pelas fronteiras²²⁴.

Os países desenvolvidos, em sua maioria, implementaram legislação para punir empregadores que contratassem estrangeiros irregulares. Essas medidas eram acompanhadas da possibilidade de regularização, o que aconteceria se alguns requisitos fossem preenchidos. De certo modo, a regulação acabou por fazer diminuir o interesse das empresas pela contratação de imigrantes irregulares, pois o caminho da regularização do imigrante se mostrou difícil, ao mesmo tempo em que abria espaço para a punição dos empregadores²²⁵.

Apesar do consenso político apoiador de muitas das decisões restritivas de circulação de pessoas, como as iniciadas na década de 1970, com base, especialmente, no direito do Estado de escolher quem pode entrar em seu território, na maioria das vezes, o controle da fronteira falhava em decorrência da falta de pessoal, da coordenação precária entre os setores envolvidos e da inadequada atuação do Judiciário²²⁶.

²²⁴ CASTLES, S.; MILLER, M. J. **The age of migration**, p. 181.

²²⁵ ALENIKOFF, T. A.; KLUSMEYER, D. B. **Citizenship today**: global perspectives and practices, p. 63.

²²⁶ CALDER, G.; COLE, P.; SEGLOW, J. **Citizenship acquisition and national belonging**: migration, membership and the liberal democratic state. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2009. p. 58.

O consenso citado, que amparava decisões de restrição de ingresso, continuou a permitir a criação de normas nesse sentido até os dias atuais. Para se ter uma visão concreta, é pertinente registrar que, em maio de 2007, nessa esteira de criação de normas destinadas a aplicar punições aos empregadores, a Comissão da União Europeia apresentou proposta de diretiva ao Parlamento Europeu com o objetivo de controlar a entrada e contratação de migrantes irregulares²²⁷.

Apesar de discutível o conteúdo, por prever punição ao contratante, exigindo que ele arque com os custos da deportação do irregular contratado, mostra que pode existir uma política pública de migração claramente divulgada. É possível também identificar que a referida proposta assume que a decisão de permitir ou não a entrada de estrangeiros não é exclusivamente pautada pela vontade dos Estados.

A proposta institui limites à liberdade total do Estado, que era tida como clara até aquele momento, pois expressão de sua soberania. Pode-se dizer que o fato em comento só acontece por se estar diante de uma integração econômica, como é o caso da UE, porém, é necessário ressaltar que a criação da política é uma clara maneira de demonstrar que o Estado não vai decidir de forma isolada e independente cada caso²²⁸.

Na esteira desse raciocínio, pode-se concluir que, se é possível interferir na decisão do Estado sobre ingresso por normas de integração, não seria errado pensar que outras fontes normativas internacionais, como os tratados internacionais de direitos humanos, poderiam limitar a liberdade do Estado, que não mais teria competência para decidir pela entrada ou não do estrangeiro de forma totalmente desprovida de controle²²⁹.

2.5.1 Teoria vitoriana – *jus communicationis* – o direito pleno de ingresso do estrangeiro

²²⁷ CASTLES, S.; MILLER, M. J. **The age of migration**, p. 182.

²²⁸ O'NEILL, M. EU Cross-border policing provisions, the view from one of the Schengen opt-out States. **European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice**, v. 18, n. 1, p. 73 -89, 2010.

²²⁹ RUBENSTEIN, K.; ADLER, D. International Citizenship: the future of nationality in a globalised world. **SSRN eLibrary**. 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=231675>>. Acesso em: 3 abr. 2010.

Em sentido oposto à liberdade do Estado de decidir sobre o ingresso de estrangeiros, posiciona-se Vitória²³⁰, responsável pela teoria segundo a qual todos podem circular livremente pelo mundo. O doutrinador espanhol foi um defensor da liberdade dos mares, fazendo nascer o *jus communicationis*, que seria aplicável ao direito de comércio e à liberdade de navegação.

A teoria vitoriana permitia, assim, que não houvesse o impedimento de circulação, em especial dos espanhóis conquistadores do Novo Mundo, de viajar para adentrar os espaços em que habitavam os índios. Referida teoria teria fundamento em uma normatividade natural, podendo ser fundamento tanto divino quanto humano, tendo em vista que o direito natural e o divino preconizavam que a comunicação, entendida como circulação, seria totalmente possível.

Hoje, com base na constatação da liberdade do Estado para definir quais estrangeiros podem entrar em seu território, não há amparo para a aplicação da teoria vitoriana; porém, com fundamento nos tratados internacionais de direitos humanos e, possivelmente, na diretiva europeia apontada, é razoável construir, ao menos, uma limitação ao impedimento de circulação.

A teoria desenvolvida por Vitória²³¹ pode ser identificada na primeira conclusão da Terceira Parte da obra desse autor, nos seguintes termos: “Os espanhóis têm direito a percorrer aqueles territórios e permanecer ali, sem causar, no entanto, dano algum aos índios e estes também não o podem proibir”.

Vitória consigna que, “com efeito, em todas as nações se tem por desumano tratar mal, sem algum motivo especial, os hóspedes e transeuntes e, pelo contrário, é de humanidade e cortesia se comportar bem com os estrangeiros; coisa que não aconteceria se agissem mal os transeuntes que viajam para outras nações”²³².

Segundo Höffe²³³, Francisco de Vitoria defendia uma liberdade universal de povoamento, não tendo como legítima a dominação dos povos indígenas da América espanhola e portuguesa.

²³⁰ VITÓRIA, F. de. **Os índios e o direito da guerra**.

²³¹ Ibidem, p. 92.

²³² VITÓRIA, F. de. **Os índios e o direito da guerra**, p. 92.

²³³ HÖFFE, O. **A democracia no mundo de hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 421: [é] “verdade que Francisco de Vitoria (*Relectio de Indiis*, II, 1539), influente professor de Direito Natural de outras épocas, exigia, em nome da ‘sociedade e da comunidade natural’, uma liberdade universal de povoamento. O conhecido resultado – a dominação dos habitantes autóctones da América Central e do Sul, os índios, sob a

Vitória assevera que, nos primórdios do surgimento do ser humano, todas as coisas eram comuns, sendo a qualquer um permitido ir e percorrer todas as partes do mundo, o que, ainda de acordo com ele, não teria sido alterado. O autor espanhol defende que não houve, nem mesmo em intenção por parte dos indivíduos, a supressão da intercomunicação entre os seres humanos.

A despeito dos argumentos apresentados, mesmo a teoria de Vitória, que, em rigor, prega a livre circulação de pessoas pelo mundo, traz restrições possíveis. No quarto ponto da Terceira Parte de sua obra²³⁴, é pertinente destacar a seguinte afirmação: “Não seria lícito que os franceses proibissem os espanhóis de percorrer a França, nem que ali se estabelecessem, ou vice-versa, se isso não constituísse de modo algum um dano para eles, nem lhes fizesse nenhuma ofensa”.

Pelo que se depreende da explanação de Vitória, a possibilidade de impedimento de ingresso está colocada para os casos em que houvesse dano para os nacionais recebedores. De certo modo, essa ideia pode ser entendida como ainda atual. A necessidade de garantir direitos aos seus cidadãos e os recursos escassos para tanto exigem do possível Estado anfitrião que verifique a disponibilidade para receber estrangeiros.

O dano, que na época de Vitória não podia ser associado à atuação do Estado para proteger seu cidadão, pode nos dias de hoje ser também identificado com o menor ou inexistente acesso a direitos sociais²³⁵.

A teoria vitoriana abre, assim, espaço para a discussão sobre a escolha trágica do Estado, necessária no momento em que se identificam recursos escassos – em especial após a identificação do papel estatal na proteção de direitos fundamentais. As chamadas escolhas trágicas vão ter espaço no momento em que há a necessidade de se fazer a opção por um caminho entre os vários existentes para proteção de direitos²³⁶ – todos os direitos garantidos pelo ordenamento; no entanto, em razão dos recursos escassos²³⁷, nem todos poderão ser efetivados.

força de espanhóis e portugueses – não seria legítimo nem mesmo sob a forma de uma colonização mais humana”.

²³⁴ VITÓRIA, F. de, op. cit.

²³⁵ LOPES, J. R. de L. **Direitos sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006. p. 78.

²³⁶ CALABRESI, G.; BOBBITT, P. **Tragic choices**, p. 147.

²³⁷ Segundo Elster e Hylland, a escolha trágica também pode ser chamada de escolha social (*social choice theory*), que, em essência, expõe a necessidade de se tomar uma decisão que não vai conseguir atender a todos os indivíduos envolvidos. Em outros termos, haverá pessoas que terão direitos não efetivados, essencialmente por conta dos recursos escassos envolvidos (ELSTER, J.; HYLLAND, A. **Foundations of Social Choice Theory**: studies in rationality and social change. Cambridge [Cambridgeshire]: Cambridge

A necessidade da escolha trágica pode ser tida, assim, como substituta do dano causado diretamente pelo estrangeiro aos nacionais do país anfitrião. É certo, no entanto, que, por longo período, a total liberdade do Estado ganhou espaço, o que impediu que fossem discutidas as decisões de ingresso.

O crescimento da proteção internacional dos direitos humanos fez que o aparecimento de restrições à liberdade total possa ser tido como sensível. O fundamento para a decisão do Estado de não permitir a entrada pode ser encontrado na teoria de Vitória, devendo-se, então, com base nessa constatação, construir nova interpretação do texto.

Vitória ainda abre, no sexto argumento²³⁸, a possibilidade de restrição de circulação no caso de guerra, entre o Estado anfitrião e o do estrangeiro ingressante, além de defender que a restrição infundada pode dar ensejo à guerra.

Caso não sofra essa reinterpretação sugerida, muito pouco da teoria do *jus communicationis* pode ser tido como aplicável hoje. O que se deve ressaltar é o fato de que, com a facilitação da circulação pelo mundo, o tema da restrição volta à tona devendo, no entanto, ser entendido pela ótica do direito internacional, não apenas como um direito absoluto do Estado. Isso, aparentemente, induz o intérprete a discutir a proteção internacional dos direitos humanos como limitadora de tal decisão, outrora absoluta, do Estado.

2.5.2 A teoria do livre arbítrio absoluto do Estado – a liberdade total do Estado para decidir sobre o ingresso

Ligada com profundidade à soberania, a possibilidade do Estado decidir, sem controle algum, sobre o ingresso de estrangeiros em seu território é reconhecida pela doutrina internacionalista e expressa em decisões judiciais²³⁹.

University Press, 1986. p. 68).

²³⁸ VITÓRIA, F. de. **Os índios e o direito da guerra**, p. 93.

²³⁹ RUBENSTEIN, K. Globalisation and citizenship and nationality. **SSRN eLibrary**. 2003. p. 22. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=530382>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

Na sua forma clássica, como exposto pela escola realista de relações internacionais²⁴⁰, a soberania descreve um mundo no qual o poder supremo é exercido dentro de determinada unidade territorial²⁴¹.

A soberania pode ser identificada em todos os locais do globo e, por consequência, o mundo inteiro está dividido em unidades soberanas. Social e territorialmente, Estados coesos são capazes de tomar decisões racionais, refletindo um interesse nacional. Esses Estados, então, são vistos como os principais atores na arena internacional, envolvendo-se uns com os outros com base na igualdade formal²⁴².

Enquanto o sistema opera sob a suposição de igualdade, existem e sempre existiram as grandes diferenças de poder entre Estados²⁴³. À luz desta e de outras críticas, a soberania pode ser tida como um ideal, um paradigma para a análise e regulação das relações.

A análise do paradigma dominante das relações internacionais nos últimos três séculos aponta, no entanto, que a soberania tem causado um forte efeito normativo²⁴⁴. Ela influenciou de maneira sensível a maneira como são percebidas as relações com comunidades nacionais e as suas interações com os outros; também informou fundamentalmente o direito de ingresso, assim como a cidadania e a nacionalidade²⁴⁵.

Desenvolvimentos distintos ocorreram no tocante ao direito de ingresso e ao direito internacional. Identifica-se, historicamente, que os Estados são entendidos como livres para decidir quais estrangeiros podem ser admitidos em seu território²⁴⁶.

Pode mostrar-se surpreendente o fato de que, apesar de poder o Estado ser vinculado a normas internacionais em vários setores e ter de responder pelo seu cumprimento, não se identifica, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a aplicação dos

²⁴⁰ GILL, S.; LAW, D. **The global political economy**: perspectives, problems, and Policies. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1988. p. 25.

²⁴¹ CAMILLERI, J. A.; FALK, J. **End of sovereignty?: the politics of a shrinking and fragmenting world**. Aldershot: Edward Elgar Pub, 1992. p. 3.

²⁴² GIDDENS, A. **The consequences of modernity**. Stanford, CA: Stanford University Press, 1991. p. 65.

²⁴³ JÜTERSONKE, O. Hans J. Morgenthau on the limits of justiciability in International Law. **Journal of the History of International Law**, v. 8, n. 2, p. 181-211. DOI: 10.1163/157180506779884446, 2006.

²⁴⁴ MORGENTHAU, H. J. **Politics among nations**: the struggle for power and peace. 5th ed. New York: Knopf, 1978. p. 49.

²⁴⁵ ARAVAMUDAN, S. Sovereignty: between embodiment and detranscendentalization. **Texas International Law Journal**, v. 41, 2006, p. 427. Acesso em: 23 fev. 2011.

²⁴⁶ RUBENSTEIN, K. Globalisation and citizenship and nationality. **SSRN eLibrary**. 2003. p. 22. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=530382>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

tratados internacionais de direitos humanos à decisão estatal de impedir a entrada de estrangeiros, que, até o momento, entende-se exclusivamente soberana²⁴⁷.

Demonstrações dessa visão clássica são identificadas com maior frequência nas decisões de tribunais internos dos Estados, como a Suprema Corte dos Estados Unidos, que há muito tempo expôs a ideia de que o controle sobre o território de uma nação é uma função inerente à sua soberania²⁴⁸.

Para ilustrar, cita-se o caso ocorrido em 1812, quando o Chief Justice Marshall declarou que “jurisdição sobre o seu próprio território, nessa medida, é uma prerrogativa de cada nação independente. É uma parte da sua soberania” (11 EUA – 7-16, 136). A Suprema Corte, em 1889, proferiu sua decisão seminal em *Chae Chan Ping v. Estados Unidos* (130 EUA 581). Lá, sustentando o poder do Congresso dos Estados Unidos de excluir não cidadãos desse país, o Tribunal invocou a posição do Chief Justice Marshall de que o poder de excluir não cidadãos é inerente ao próprio conceito de um Estado soberano. De qualquer modo, esse ponto de vista, a partir daí, tem sido reafirmado com frequência.

Na defesa da liberdade total do Estado decidir sobre o ingresso de estrangeiros, destaca-se o entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos no Caso *Boultif*, decidido em 2 de novembro de 2001, quando a Corte fixou o entendimento de que inexistia o direito de ingresso ao estrangeiro e que havia licitude no impedimento da sua entrada, sem que esse ato estivesse sob o controle do Direito Internacional. Estabeleceu, no nº 39 da decisão, que a Convenção não garante o direito do estrangeiro de entrar ou residir em um país específico²⁴⁹.

A posição da Corte demonstra que a decisão sobre o ingresso deve ficar no âmbito exclusivo do Estado; entretanto, a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos evidencia o contrário, pois não haveria espaço, com a expansão crescente das normas internacionais, para a arbitrariedade dos Estados, mesmo que fundada na soberania.

A despeito disso, as profundas mudanças pelas quais o mundo passou, em particular no tocante à mobilidade das pessoas pelo mundo, denotam não justificar a manutenção da posição adotada no século XIX sobre o direito de ingresso.

²⁴⁷ MOTOMURA, H. Judicial review in immigration cases after AADC: lessons from Civil Procedure. **Georgetown Immigration Law Journal**, v. 14.

²⁴⁸ Idem. The Rule of Law in Immigration Law, **Tulsa Journal of Comparative and International Law**, v. 15, p. 139, 2007.

²⁴⁹ BOELES, P.; BRUINS, M. Case Reports of the European Court of Human Rights and the Human Rights Committee. **European Journal of Migration & Law**, v. 9, n. 2, p. 253-276. DOI: Article, 2007.

De acordo com Höffe²⁵⁰, a ideia de soberania liga indivíduos a Estados, pois, tanto quanto os indivíduos, os Estados possuem autodeterminação, limitada pela presença de outros sujeitos de direito internacional. No entanto, ao contrário das pessoas físicas, o Estado é formado por sujeitos de direito, reconhecidos como prioritários, sendo possível pensar que direitos humanos podem ser claramente opostos às ações estatais, não sendo possível ser excluído de plano o indivíduo estrangeiro dentre os beneficiários dessas barreiras ao Estado.

Como se percebe, é natural que a flexibilização da soberania, já experimentada em vários campos, também seja sentida no momento de decidir a respeito do ingresso de estrangeiros em seu território. De fato, se assim não for, ou seja, se a liberdade total do Estado tiver sobrevida na sua relação com o ingresso de estrangeiros, será um dos últimos bastiões de não flexibilização do conceito²⁵¹.

2.5.3 A teoria do controle das decisões estatais – do direito de ingresso: a limitação das decisões estatais com base no direito internacional

Os argumentos de Vitória já não podem ser tidos como aplicáveis no mundo em que os direitos sociais exigem que Estados entreguem ao cidadão uma gama considerável de serviços públicos. A abertura completa das fronteiras traria dificuldades, em particular de planejamento, a todos os Estados – exatamente pelo fato de que os direitos sociais exigem recursos estatais para serem implementados.

A possibilidade de o Estado impedir o ingresso de estrangeiros em seu território também não é a solução mais correta. O Estado não pode violar direitos humanos fundamentais e essa afirmação não é novidade para o direito internacional em geral.

Apenas de forma exemplificativa, deve-se dizer que o livre arbítrio absoluta viola, inicialmente, o direito de ser reconhecida como pessoa perante a lei, insculpido no art. VI²⁵² da DUDH, posto não haver espaço para ouvir o estrangeiro que pleiteia o ingresso,

²⁵⁰ HÖFFE, O. **A democracia no mundo de hoje**, p. 448: “O conceito de soberania predominante no Direito Internacional positivo e relativamente rigoroso poderia fazer referência à analogia existente entre indivíduos e Estados. Assim como indivíduos, Estados também são unidades independentes que podem exercer seu poder de autodeterminação até o ponto de não interferir nos direitos de outros Estados. Todavia, a analogia é quebrada por uma circunstância: as partes de um Estado já são sujeitos de direito, e os indivíduos chegam até mesmo a ser os sujeitos prioritários de direito, enquanto falta, às partes (do corpo) de um indivíduo, a capacidade jurídica.”

²⁵¹ KREIJEN, G. **State, sovereignty, and international governance**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

²⁵² “Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei.”

dentro dos ditames do devido processo legal, conforme determinado pelo art. VII²⁵³, também da DUDH, a qual também é violada, em seu art. XXV, n. 1²⁵⁴, pelo livre arbítrio absoluto do Estado.

Além disso, a igualdade entre nacional e estrangeiro, entendido como um sujeito de direito e como alguém que pode buscar melhoras econômicas e sociais também são violadas pelo livre arbítrio absoluto do Estado. Tais temas podem ser identificados no Pacto de Direitos Civis e Políticos, nos arts. 9º (liberdade), 14 (igualdade), 16 (reconhecimento da personalidade jurídica), 24 (proteção à criança). Porém, deve se destacar que a violação discutida é a da igualdade, mesmo sabendo ser possível haver diferenciações empíricas, a nacionalidade não é fundamento razoável para discriminação, sendo necessária a utilização das escolhas trágicas para o direito de ingresso. De toda sorte, com o livre arbítrio absoluto, que não considera as diferenças concretas e não as expõe, a violação à igualdade, presente na DUDH e nos Pactos de 1966, é bastante evidente.

Em abril de 2011, foi apresentado pedido de opinião consultiva à Corte Interamericana de Direitos Humanos por Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai. Nesse pedido, há expressa solicitação para que a Corte se manifeste sobre quais são os direitos aplicáveis aos migrantes, o que poderá dar maior clareza para o fato de que a vedação do ingresso viola a igualdade²⁵⁵.

A vulneração da igualdade, no entanto, não espanta por si só, pois o direito, tanto interno quanto internacional, convive com a diferenciação entre os indivíduos, assim, a igualdade pode ser aplicada com diferenças nos casos concretos, por isso, deve se clarear um pouco mais esse ponto. No entanto, cabe àquele que faz a diferenciação determinar as bases de agressão à igualdade, o que não é tarefa fácil, resultando, assim, na limitação ao poder do Estado soberano.

O desafio do presente subtítulo é demonstrar que o direito de ingresso existe, pois não há espaço para que o Estado possa ter, mesmo que com base na soberania, a liberdade total para decidir sobre o ingresso de estrangeiros, pois, poderia haver violação à

²⁵³ “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

²⁵⁴ “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.”

²⁵⁵ Vale conferir o pedido em http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_por.pdf

igualdade. Assim, apesar de não ser tido como pleno, o direito de ingresso do estrangeiro pode ser identificado, com algumas possibilidades de restrição, o que é distinto de se dizer que não existe o direito de forma alguma. Para Höffe²⁵⁶, não há o direito de ingresso, que chama de um direito de ir e vir mais rigoroso, induzindo o leitor a crer que apenas supostamente poderia se pensar em aplicar direitos humanos à imigração, sendo apenas necessário se garantir o direito ao estabelecimento de contato²⁵⁷, defendendo que há uma distinção entre o direito de ir e vir mais rigoroso, entendidos como os direitos humanos à imigração, e o direito ao estabelecimento de contato. Explanando ainda que, “por causa do Direito Cosmopolítico, as pessoas estão autorizadas a bater à porta de outro país e manifestar seu desejo – mas não o direito – de entrar ou até mesmo de poder morar e participar no país”.

É razoável, no entanto, imaginar que o direito de ingresso não é pleno, podendo o Estado vetá-lo nos casos em que identificar a possível redução de recursos escassos para efetivação de direitos sociais²⁵⁸.

Nesse passo, a lógica da decisão estatal pelo ingresso ou não de estrangeiros seria a mesma lógica aplicável às escolhas trágicas, nas quais se decide sobre a proteção de um ou de outro direito fundamental²⁵⁹. Em outras palavras, para poder garantir o direito de seus nacionais e daqueles que vivem em seu território, o Estado impede o ingresso de estrangeiro, sob o argumento de que poderia haver impacto nos direitos sociais por ele garantidos.

Para melhor explicar a questão, recorre-se a uma passagem de Höffe²⁶⁰, que mesmo negando o direito de ir e vir para o migrante, bem sintetiza a questão. Ele se refer ao impacto negativo que atingiria o Principado de Liechtenstein, que tem 28.500 habitantes,

²⁵⁶ HÖFFE, O. **A democracia no mundo de hoje**, p. 422.

²⁵⁷ Höffe, defendendo não haver um direito de ir e vir irrestrito, ingressa no campo das escolhas trágicas, o que serve de base para a tese aqui defendida, nos seguintes termos: “Na eventual escassez de recursos, vislumbra-se um outro contra-argumento: em muitos casos, o imperativo de assistência não é um dever moral-jurídico, mas uma tarefa da solidariedade ou da filantropia.” (ibidem, p. 421).

²⁵⁸ RUBENSTEIN, K.; ADLER, D. International Citizenship: the future of nationality in a globalised world. **SSRN eLibrary**. 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=231675>>. Acesso em: 3 abr. 2010.

²⁵⁹ BOSNIAK, L. **The citizen and the alien: dilemmas of contemporary membership**, p. 14.

²⁶⁰ HÖFFE, O., op. cit., p. 421: “O próprio princípio ‘ultra posse nemo obligatur’ já se coloca contra um direito universal de imigração. Na verdade, podem-se destruir os recursos até mesmo de um país-anfitrião generoso. Imaginemos que todos os cerca de 12 milhões de refugiados da Segunda Guerra Mundial tivessem querido emigrar para um país abastado, mas muito pequeno, como é o caso de Liechtenstein. Naturalmente, o país não teria perdido apenas suas idiossincrasias e seu bem-estar, mas também sua possibilidade de sobrevivência. Afinal, a população, que antes não passava de 28.500 habitantes, teria se tornado quatrocentas a quinhentas vezes maior, de modo que haveria mais de 99% de emigrantes perante uma percentagem mínima de ‘autóctones’.”

caso recebesse os 12 milhões de refugiados da Segunda Guerra Mundial. Deixando claro, sem possibilidade de ser refutado, que o acolhimento poderia custar a sobrevivência do Principado.

É certo que pode não se constituir um direito de ingresso pleno, porém, também o direito do Estado impedir o ingresso, sem nenhum fundamento, não pode ser tido na sua plenitude. Apenas para não fugir do exemplo de Höffe, poder-se-ia se perguntar se seria possível a Liechtenstein impedir o ingresso de um migrante estrangeiro. O impacto nesse caso ao país seria próximo de zero e não haveria justificativa para o impedimento de entrada; no entanto, a partir do momento em que fosse impactado o rol de direitos sociais do Estado recebedor, esse poderia realizar a sua escolha trágica e impedir o ingresso desse estrangeiro.

De fato, é preciso que se diga que a estruturação do Direito Internacional dos Direitos Humanos acarreta a necessária divisão de recursos entre os vários países do mundo. Não seria, assim, possível entender o enriquecimento constante, ou a manutenção de uma nação rica em seu *status*, se parte do globo permanece em situação precária. Nesse sentido, exprime-se Nussbaum²⁶¹, ao discorrer sobre o que chama de “Capabilities Across National Boudaries”, reconhece que a cooperação entre os Estados pode não ser vantajoso para todos, pois, dar a todos os seres humanos o básico para sobreviver exigirá sacrifício das nações e pessoas mais ricas.

Nessa esteira, considerando que a divisão de recursos poderá ocasionar problemas internos, como os estrangeiros não possuem direito de voto ou representatividade interna nos parlamentos dos Estados que controlam as fronteiras e, em rigor, negam o direito de voto a não nacionais, é necessário que se discorra – como adiante será feito – sobre a vulnerabilidade desses alienígenas, pois, havendo peso político nessa decisão, estes poderiam ficar desprotegidos²⁶².

Infere-se que, por mais que se possam verificar ainda alguns resquícios do direito do Estado de fixar as regras sobre concessão de sua nacionalidade e de determinar a entrada de estrangeiro em seu território, esses direitos do Estado devem ser limitados pelos

²⁶¹ NUSSBAUM, M. C. **Frontiers of Justice: disability, nationality, species membership**, p. 273: “We live in a world in which it is simply not true that cooperating with others on fair terms will be advantageous to all. Giving all human beings the basic opportunities on which we have focused will surely require sacrifice from richer individuals and nations.”

²⁶² BENHABIB, S.; SHAPIRO, I.; PETRANOVICH, D. **Identities, affiliations, and allegiances**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 59.

direitos humanos. É necessário, portanto, a construção de uma lógica que embase a decisão, em face da universalidade dos direitos humanos.

Todas as dimensões de direitos humanos exigem, de fato, que o Estado alocue recursos escassos e esse pode ser o fundamento para o impedimento de entrada, mas que não pode ser absoluto e sem fundamentação. A limitação à entrada de estrangeiros pode, sem violação de normas de direitos fundamentais, utilizar para tanto a lógica das escolhas trágicas, garantindo a universalidade e respeitando a possibilidade de limitação dos direitos.

Para melhor compreensão da questão, é de relevância lembrar que, em especial na década de 1980, surge uma nova categoria de trabalhadores. São os trabalhadores estrangeiros temporários, que não podem ser ignorados, por terem sido considerados uma alternativa viável em substituição aos trabalhadores migrantes irregulares. Além disso, em alguns países europeus, o incentivo à migração pode ser o caminho para compensar os baixos índices de crescimento demográfico.

Também é relevante para o presente estudo a constatação de que, com a intensificação das relações entre os Estados, fenômeno conhecido como globalização²⁶³, houve uma sensível transformação do mundo, o que conduziu a interações mais profundas entre o direito internacional e o direito interno. Isso trouxe claras consequências no âmbito interno de atividades internacionais, podendo, também, ser identificado como um limitador dos poderes de decisão do Estado, pois, nesse contexto, o direito internacional toma espaço outrora reservado exclusivamente ao direito interno, antes construído e aplicado no âmbito interno das fronteiras nacionais.

De acordo com Rubio Carracedo, Rosales e Toscano Méndez²⁶⁴, os fenômenos da globalização econômica, das informações, política e cultural surgiram no ocidente a mais tempo que em outros locais do globo, sendo bastante claro o efeito mariposa, segundo o

²⁶³ Sobre a ordem global, cf. MENEZES, Wagner. . *Ordem Global e transnormatividade*. 1ª ed. Ijuí: Unijui, 2005.

²⁶⁴ RUBIO CARRACEDO, J. ROSALES, J. M.; TOSCANO MÉNDEZ, M. **Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos**, p. 220: “Aunque los fenómenos de globalización económica, informacional, política y cultural tienen en Occidente unos orígenes mucho más lejanos, y también formaba parte del programa de las Internacionales socialista y comunista, ha correspondido al neoliberalismo su promoción más precipitada y confusa. Hoy es real el ‘efecto mariposa’ no sólo en los fenómenos físicos, sino también en los económicos, políticos y hasta culturales. Es obvio que la globalización es un fenómeno estructural y, como tal, es imparable.” E continuam nos autores: “Por último, en los aspectos político y cultural se produce un continuo intento neoliberal de occidentalización del mundo a su imagen y semejanza, intento que se realiza de modo precipitado y sin verdadero diálogo intercultural, lo que ha inducido la aparición de fuertes nacionalismos fundamentalistas como fenómeno de reacción, que constituyen actualmente la plaga de nuestro tiempo.”

qual as consequências de atos praticados, no campo físico, químico ou econômico, em locais longínquos se refletem em todas as regiões do planeta, deixando claro que a globalização é estrutural, não podendo ser freada.

A globalização também pode se referir ao aumento da colaboração de políticos, pesquisadores, educadores e outros pelas fronteiras nacionais, na busca de soluções para problemas comuns. Com o fim da Guerra Fria, a cooperação internacional, que se verifica em domínios diversos como negócios, segurança, direitos humanos, saúde, agricultura, proteção ambiental e combate ao crime, demonstra a clara interdependência dos Estados.

O mesmo ocorre com o alcance do direito internacional, que é ampliado, surgindo regulamentação internacional nos mais variados setores, o que impõe barreiras à ação do Estado. Entre as limitações pode-se identificar a que exige que o Estado se conduza na proteção dos direitos humanos, inclusive em temas que eram tidos como parte de esfera intocável da soberania do Estado, como definição de nacionalidade e permissão de entrada em seu território.

Os diversos componentes da globalização muitas vezes desafiam a separação entre interesses internos e internacionais, consequência do crescimento da regulamentação internacional. Embora o direito internacional regule agora uma gama sem precedentes das atividades humanas, certas atividades são mais fortemente regulamentadas pela comunidade internacional do que outros.

Alguns temas são tão histórica e politicamente adaptados à regulamentação internacional que a sua necessidade quase não é questionada. Hoje, ninguém pode contestar com seriedade a necessidade prática de um acordo internacional sobre assuntos como aviação internacional, telecomunicações ou serviços postais. Para outras atividades, no entanto, a primazia da soberania nacional era a regra histórica²⁶⁵.

Evidencia-se, todavia, que a liberdade total do Estado não persiste, tendo em vista os tratados internacionais de direitos humanos, em particular o que garante a igualdade entre os indivíduos. Caso persistisse, haveria negação da universalidade dos direitos humanos²⁶⁶. Uma decisão controlada pelo direito, mesmo que chegue à conclusão da

²⁶⁵ RUBENSTEIN, K. Globalisation and citizenship and nationality. **SSRN eLibrary**. 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=530382>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

²⁶⁶ Segundo Nussbaum: “As for the poorer nations, there is a sense in which the hierarchy of wealth and power that now exists among nations is just as artificial as the hierarchies of birth and wealth that contract tradition is designed to undermine. Thus the contract tradition contains an important insight that is highly relevant to thinking critically about global inequalities. And yet, adequate criticism of the hierarchy among

impossibilidade de ingresso do estrangeiro naquele caso concreto, traria a lógica da limitação a direitos fundamentais inclusive para essa decisão estatal.

A teoria do controle das decisões estatais, pautada na limitação internacional da conduta do ente soberano, impediria que o Estado proibisse o ingresso do estrangeiro sem que houvesse fundamentação para tanto. Defende-se não a possibilidade de ingresso forçado do estrangeiro, mas a responsabilização internacional do Estado pela violação de regras internacionais.

Em essência, o que se propugna é que o direito internacional dos direitos humanos exige sacrifícios, como dito por Nussbaum²⁶⁷; sendo possível, então, concluir que a aplicação adequada de referidas normas vai acarretar a distribuição de riquezas, o que não acontece com a manutenção da mesma situação de conforto e de disponibilidade de recursos para os grupos que vivem em Estados mais abastados.

A decisão que limita o direito de ingresso não pode, portanto, ser embasada no exercício pleno da soberania do Estado, mas exige-se o cotejo de direitos para que se tome a decisão menos violadora de direitos fundamentais. Também há que se verificar se a nacionalidade do indivíduo pode, com fundamento nos tratados internacionais de direitos humanos, ser base para diferenciação de tratamento.

Conforme aduz Celso Antônio Bandeira de Mello²⁶⁸, o tratamento desigual não é, por si só, uma violação – deve-se buscar o fundamento para essa diferenciação. É mister, pois, verificar se a nacionalidade pode ser a base para o tratamento desigual.

nations requires a kind of radical rethinking of national boundaries and basic economic arrangements that cannot be achieved if we simply imagine the contract doctrine applied a second time over, as nations already constituted, and imagined as virtual

among them.” (NUSSBAUM, M. C. **Frontiers of Justice: disability, nationality, species membership**, p. 32).

²⁶⁷ Idem. **Hiding from humanity: disgust, shame, and the law**. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 273.

²⁶⁸ MELLO, C. A. B. de. **O conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed., atual., 18. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

3 AS JUSTIFICATIVAS DOS ESTADOS PARA O IMPEDIMENTO DE INGRESSO DO ESTRANGEIRO

Neste ponto do trabalho, o objetivo é descrever como os Estados se relacionam com os estrangeiros que pretendem obter ingresso, verificando-se a possibilidade de construção de uma teoria a respeito. Outro objetivo é realizar a prova da teoria anteriormente descrita sobre o impedimento de ingresso com base na lógica das escolhas trágicas.

A nacionalidade e o território podem ser considerados os principais elementos do Estado. Enquanto o território determina os limites geográficos do Estado soberano, a nacionalidade identifica o povo a ele vinculado. Além desses limites, encontram-se o espaço alienígena, outras soberanias e, em especial para o presente estudo, os estrangeiros²⁶⁹. Os estrangeiros podem ser encontrados dentro ou fora do território do Estado.

A manutenção das concepções desses dois elementos é cada vez mais desafiadora, pois, em face da globalização, surge um constante convite para adequá-los à nova realidade. A internet, em complementação às ondas de rádio e de TV, torna mais difícil ao Estado conseguir controlar a circulação de informações em seu território. Cite-se o chamado “efeito CNN”, assim batizado nos trágicos ataques terroristas ocorridos em 11 de março de 2004, na Espanha.

Com a circulação de pessoas, algo parecido acontece – a facilidade de acesso e a rapidez dos transportes mundiais fazem que ela se amplie. Porém, ao contrário do que acontece com a informação circulante em seu território, o Estado tenta manter a sua total soberania sobre a entrada de estrangeiros em seu território, apesar de toda a evolução da proteção internacional dos direitos humanos. Pode-se dizer que o Estado diligencia para controlar aquilo que está a seu alcance, sem se importar com as limitações a ele impostas pela proteção dos direitos humanos.

A cidadania mundial é defendida como a melhor alternativa para a superação da soberania do Estado, também podendo ser tida como uma alternativa possível para a nacionalidade^{270,271}; no entanto, o *jus communicationis*, de Vitória, segundo Kosirnik²⁷²,

²⁶⁹ ALEINIKOFF, T. A.; KLUSMEYER, D. B. **Citizenship today**: global perspectives and practices, p. 17.

²⁷⁰ KONDO, A. **Citizenship in a global world**: comparing Citizenship Rights for aliens.

não é aplicado no direito internacional. Para Vitória, o *jus communicationis* daria o direito ao indivíduo de circular livremente pelo mundo, tese que não ultrapassou os limites dos seus escritos, não encontrando eco nem na prática dos Estados, nem em outras teorias.. Entender o que acontece na prática entre os Estados constitui, assim, uma exigência²⁷³.

A uniformidade de tratamento ao estrangeiro, no entanto, não existe. Para melhor compreender como esse tratamento se constrói, faz-se necessário visualizar as várias formas de limitação do ingresso do estrangeiro. Como o que se destaca é o impedimento de entrada, a classificação dos grupos deve levar em conta as restrições identificadas em elementos xenofóbicos, socioeconômicos, culturais, temporais e inexistentes.

As restrições, sejam elas de quaisquer tipos, não podem ser encontradas no tratamento dado ao refugiado, que, por tratado internacional, tem direito de ingresso, pautado pela negociação para sua entrada. Como exemplo de construção do direito de ingresso, de forma mais evidente, o tratamento dado ao refugiado é estudado em apartado. Das restrições ora apontadas, as relativas a elementos xenofóbicos e culturais podem ser consideradas contrárias aos direitos humanos, por haver violação ao multiculturalismo, base de sustentação dos direitos humanos.

Há ainda as restrições políticas, como foi o caso dos países comunistas com fronteiras fechadas tanto para saída quanto para entrada, o que também deve ser considerado uma violação, nesse caso explicitada no art. 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que garante: “toda pessoa tem o direito de abandonar qualquer país, incluindo o seu, e de regressar ao seu país”.

Curioso notar que a Declaração de 1948 não traz expresso o direito de ingresso em país estrangeiro, o que, porém, pode ser extraído da interpretação de outras normas internacionais, como se pretende aqui expor. O momento histórico em que foi aprovada a DUDH era, todavia, diferente e, às portas da Guerra Fria, nada mais natural que o surgimento de uma norma como aquela, cujo objetivo era impedir que indivíduos deixassem o seu país. Hoje, o momento é totalmente diverso. As maiores barreiras estão não na saída, apesar de existirem países que ainda exigem a autorização de saída, mas sim na entrada, para afastar a chegada de migrantes.

²⁷¹ RUBENSTEIN, K.; ADLER, D. International Citizenship: the future of nationality in a globalised world. **SSRN eLibrary**. 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=231675>>. Acesso em: 3 abr. 2010.

²⁷² KOSIRNIK, R. Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria (Topicality of the Legal Thinking of Francisco de Vitoria). **International Review of the Red Cross**, v. 30, n. 274.

²⁷³ VITÓRIA, F. de. **Os índios e o direito da guerra**, p. 93.

Os eventos ocorridos nos últimos anos têm demonstrado um crescente surgimento de casos ligados à migração. Como exemplos podem ser citados os fatos que aconteceram na França, em 2005, quando a população dos subúrbios de Paris se levantou para protestar contra a polícia, por conta da morte de dois migrantes²⁷⁴. Os levantes, no entanto, não seriam tão grandiosos se não fossem por conta do aumento do desemprego entre migrantes e seus descendentes²⁷⁵. Além disso, há que serem consideradas as retiradas forçadas de ciganos da França, no ano de 2010.

Também nos Estados Unidos, a partir de 2006, é possível identificar movimento de migrantes preocupados com o caminho que a legislação interna estava seguindo, pois, em essência, evidenciava que as restrições a migrantes aumentariam em excesso. A legislação do Arizona, que entrou em vigor em 23 de abril de 2010, demonstra ser a concretização dessa preocupação já alertada pelos migrantes, em 2006²⁷⁶.

Vários outros eventos relacionados à maior circulação de pessoas pelo mundo, podem ser identificados, em período recente. Eles vão desde movimentos dos migrantes para proteção de seus direitos, passando por movimentos dos nacionais contra os migrantes, por questões tanto econômicas quanto culturais, chegando até mesmo a situações trágicas, com choques violentos e mortes. O caso do cineasta Theo Van Gogh²⁷⁷ é tido como emblemático da intolerância, desencadeada por conflito com migrantes²⁷⁸.

Pode-se perceber, assim, que hoje a preocupação maior é com a entrada dos migrantes, sendo reduzida no tocante à saída de nacionais. Como forma de se visualizar por completo o tema, em 2005, a UNDESA²⁷⁹, o Departamento de Relações Econômicas e Sociais da ONU, publicou o número de migrantes internacionais por região²⁸⁰, sendo bastante sensível o crescimento a partir da década de 1980, quando salta de 99 para 155 milhões de migrantes no mundo, em 1990.

Com esse amplo processo de circulação de pessoas pelo globo, os problemas econômicos são identificados com clareza. Pessoas deixam seus países por conta de problemas econômicos e se dirigem a outros para que possam ter melhores oportunidades.

²⁷⁴ CASTLES, S.; MILLER, M. J. **The age of migration**, p. 3.

²⁷⁵ BOSNIAK, L. **The citizen and the alien: dilemmas of contemporary membership**, p. 103.

²⁷⁶ Ibidem, loc. cit.

²⁷⁷ O cineasta Theo Van Gogh foi morto em 2004, após ter recebido ameaças por ter feito filme com referências à situação da mulher no islamismo.

²⁷⁸ BOSNIAK, L. **The citizen and the alien: dilemmas of contemporary membership**, p. 1.

²⁷⁹ Sigla de United Nations Department of Economic and Social Affairs.

²⁸⁰ BOSNIAK, L., op. cit., p. 5.

O choque, então, é quase inevitável. Nesse caso, o momento econômico do país receptor pode ser decisivo para permissão ou não de entrada.

Posto isso, passa-se a fazer uma análise dos vários tipos de restrições de entrada utilizados.

3.1 Figurinos jurídicos sobre a permeabilidade dos Estados a estrangeiros

Muitos são os argumentos dos Estados para conter a migração, a qual traz consequências tanto para o Estado em que chegam os migrantes quanto para os de onde eles saem – em especial se forem considerados os componentes demográficos subjacentes de mudança da população por conta dos destinos dos migrantes.

Para se ter a plena clareza de todas as implicações, seria necessário comparar os padrões de migração em áreas de destinos tradicionais de determinados grupos, analisar o papel da migração em disseminar as culturas dos Estados envolvidos, por conta da fusão das duas culturas, e descrever os padrões de seletividade dos migrantes – aqui, sob a ótica tanto de quem escolhe o destino quanto do Estado que permite o ingresso²⁸¹.

Para entender de fato a difusão espacial dos migrantes pelo mundo, seria necessário um novo olhar na análise da complexa interação entre a imigração, a migração interna nacional e a taxa de natalidade do país de origem. Como exemplo sempre citado, tem-se o caso dos hispânicos nos Estados Unidos. De fato, a ampla difusão geográfica dos hispânicos e o crescimento sem precedentes da população hispânica, alimentada pela migração em massa, transformaram o tecido social da sociedade estadunidense²⁸².

Como um dado relevante sobre a influência da migração no país receptor, durante a década de 1990, a população hispânica nos Estados Unidos aumentou em cerca de 13 milhões (ou 58%), e foi responsável por 40% do crescimento da população nesse país. A partir daí, a dispersão geográfica e o impacto demográfico dos hispânicos se aceleraram em

²⁸¹ Uma análise, com esses parâmetros, sobre a migração de hispânicos para os Estados Unidos foi feita por LICHTER, D. T.; JOHNSON, K. M. Immigrant gateways and Hispanic migration to new destinations. *International Migration Review*, v. 43, n. 3, p. 496-518, 2009. p. 496.

²⁸² Ibidem, p. 497.

todo o país. O crescimento da população hispânica revitalizou muitas cidades pequenas estadunidenses, em especial Centro-Oeste.

Em outro exemplo, ao contrário de Estados ocidentais, a Ásia Oriental permite a regularização de poucos migrantes, o que dificulta o desenvolvimento de uma sociedade multicultural em estilo europeu ou estadunidense²⁸³. É possível explicar essa diferença pela análise comparativa de dois dos Estados mais avançados do Leste Asiático, Coreia do Sul e Japão, tendo como referência diversos Estados da Europa²⁸⁴.

De acordo com Seol e Skrentny²⁸⁵, Coreia e Japão dão tratamento diferenciado aos migrantes, quando comparados com Estados Unidos e Europa; em especial, pela falta de instituições regionais para forçar a efetivação do direito de reagrupamento familiar, além de uma cultura de elite política que ainda mantém os pressupostos e os repertórios de um Estado desenvolvimentista, em que os direitos podem ser sacrificados para o crescimento econômico e a ordem.

O nexos entre migrações e desenvolvimento é, por sua vez, uma área altamente marcada por diferentes abordagens políticas que dificultam a coordenação nacional e a cooperação internacional. Determinadas autoridades nacionais temem que os objetivos principais das políticas de desenvolvimento sejam postos em perigo se a migração for levada em consideração²⁸⁶.

No entendimento das autoridades de migração, o controle dos fluxos migratórios para a União Europeia (UE) e para os países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) continua a ser uma questão prioritária, assim como a integração dos imigrantes ao mercado de trabalho e à sociedade em geral, juntamente com o alargamento da cooperação com migrantes de produção dos países em desenvolvimento.

A mobilidade internacional de trabalhadores altamente qualificados é uma importante questão política e se buscam caminhos para a formulação de políticas de

²⁸³ SEOL, D.-H.; SKRENTNY, J. D. Why is there so little migrant settlement in East Asia? **International Migration Review**, v. 43, p. 578-620. DOI: 10.1111/j.1747-7379.2009.00778.x, 2009. p. 579.

²⁸⁴ Ibidem, p. 588.

²⁸⁵ Ibidem.

²⁸⁶ LEEVES, G. Migration plans and received remittances: evidence from Fiji and Tonga. **International Migration Review**, v. 43, p. 160-177. DOI: 10.1111/j.0197-9183.2008.01151.x, 2009. p. 161.

migração adequadas destinadas a facilitar a mobilidade de trabalhadores qualificados de maneira que os benefícios sejam colhidos pelos países de envio e de recebimento²⁸⁷.

Codesenvolvimento, migração seletiva e migração temporária estão entre os instrumentos de política discutidos, porém, como há pouco descrito, há problemas de violações a direitos humanos se forem usados sem uma lógica que ampare a decisão do Estado receptor. O aumento do número de pessoas vivendo em países diferentes daqueles em que nasceram não é, no entanto, o responsável exclusivo pelo crescimento da importância do tema migração. Junto com ele, lamenta-se, vieram conflitos violentos, potencializados por questões econômicas, tanto tendo como alvo os migrantes quanto iniciados por eles para conseguirem se inserir na comunidade e proteger os seus direitos. Esses conflitos alteraram de maneira profunda a relação com o migrante²⁸⁸.

Os conflitos armados fazem nascer refugiados, o que traz consequências para os países que recebem o fluxo decorrente. Há implicações muito maiores para países em desenvolvimento que devem lidar com um número crescente de refugiados, e com os problemas relacionados à natureza prolongada dos conflitos e situações jurídicas dos refugiados. Os efeitos do desenvolvimento no incentivo ou criação de migração são multifacetados como os efeitos da migração no reforço ou no bloqueio do desenvolvimento local²⁸⁹.

A relação migração–desenvolvimento transcende as fronteiras nacionais por sua própria natureza e, dessa forma, exige uma análise transnacional, conduzindo à cooperação entre Estados e, às vezes, à cooperação entre grupos de migrantes e governos locais. Políticas globais que diligenciem a mitigação das diferenças de desenvolvimento entre os Estados consistem, assim, na melhor forma de conter a migração ilegal. O simples desenvolvimento, sem se considerar as diferenças entre os Estados, pode não ser força para conter, mas, ao contrário, pode desencadear, no curto prazo, a migração²⁹⁰.

É incontestável que considerações sobre as ligações existentes e o potencial de desenvolvimento da migração envolvem questões fundamentais sobre os migrantes, a

²⁸⁷ ORGAD, L. “Cultural defence” of Nations: cultural citizenship in France, Germany and the Netherlands. *European Law Journal*, v. 15, n. 6, p. 719-737, 2009.

²⁸⁸ CASTLES, S.; MILLER, M. J. *The age of migration*, p. 217.

²⁸⁹ NYBERG-SORENSEN, N.; HEAR, N. V.; ENGBERG-PEDERSEN, P. The migration-development nexus: evidence and policy options. *International Migration*, v. 40, n. 5, p. 49-73, 2002. p. 50.

²⁹⁰ CASTLES, S.; MILLER, M. J., op. cit., p. 201.

natureza de seu movimento e os efeitos da migração sobre as estruturas socioeconômicas e políticas das áreas de origem e destino²⁹¹.

A concepção popular de que os pobres estão migrando do Sul para o Norte é imprecisa. A maior parte da migração, segundo Nyberg-Sorensen, Hear e Engberg-Pedersen²⁹², é para os países em desenvolvimento e não apenas para o mundo desenvolvido. Esse é o caso da migração essencialmente econômica, induzida pela procura de melhores oportunidades e pela fuga dos conflitos que assolam alguns países de origem.

Os mais pobres, parcela formada por um bilhão e meio de pessoas que vivem com menos de um dólar por dia, não têm as conexões e os recursos necessários para realizar a migração intercontinental. Mesmo os quase três bilhões de pessoas vivendo com menos de dois dólares por dia, que constituem metade da população mundial, não possuem condições de fornecer a maior parte dos migrantes e requerentes de refúgio internacional. Isso ainda que os migrantes originários de famílias pobres sejam, na maioria das vezes, formados pelos membros mais inventivos da família, que é incentivada a migrar para o Norte. Dados colhidos em Nyberg-Sorensen, Hear e Engberg-Pedersen²⁹³ mostram que, no entanto, existem importantes e complexas ligações entre pobreza, conflitos e migrações, que não devem ser descartadas.

É necessário esclarecer, também, que a riqueza individual não foi abalada, até o momento, pela migração. A proporção da renda real *per capita* dos países mais ricos comparada aos mais pobres aumentou de 10:1, em 1900, para 60:1, no ano 2000²⁹⁴. Essas disparidades nos padrões de vida e a falta de opções de desenvolvimento nos países mais pobres estão, decerto, na raiz da migração. Esses fatores contribuem para o conflito violento e os abusos dos direitos humanos, em especial quando associados com a má condução de políticas públicas, que se tornaram os principais fatores impulsionadores do movimento de refugiados.

Não deve ser entendido como coincidência que países em conflito são muitas vezes aqueles com graves dificuldades econômicas. Dessa maneira, esses países são as principais origens de migrantes que se dirigem a locais de maior desenvolvimento econômico.

²⁹¹ BILO BILOTTA, W. A. Economic and Social impact of open U.S. Immigration Policy Civil War to World War I. **SSRN eLibrary**. 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1010760>>. Acesso em: 13 abr. 2010,

²⁹² NYBERG-SORENSEN, N.; HEAR, N. V.; ENGBERG-PEDERSEN, P. The migration-development nexus: evidence and policy options. **International Migration**, v. 40, n. 5, p. 51.

²⁹³ Ibidem, p. 56.

²⁹⁴ Ibidem, p. 51.

A pobreza, de fato, hoje encontra-se subjacente à migração, mas não é a sua causa direta. Os mais pobres, como se viu, não têm os recursos e as conexões de rede necessários para a mobilidade. Migrantes internacionais, em rigor, vêm de países ou regiões dentro de países que estão passando por mudanças rápidas, como consequência da integração desses Estados no comércio, de redes de informação e de produção mundiais.

Em vez de conter a pressão da migração, como dito, o desenvolvimento deve estimular a migração no curto prazo, pois poderá proporcionar o recurso que faltava ao indivíduo que diligenciava para migrar, aumentando as expectativas e reforçando os recursos necessários para se mover. A migração não é, dessa forma, apenas resultado de uma falta de desenvolvimento econômico, mas também do próprio desenvolvimento. As comunidades pobres e os países pobres em conflito podem ser a principal fonte de fluxos de refugiados, mas esses migrantes forçados muitas vezes também precisam dos recursos para migrar²⁹⁵.

A migração pode ter efeitos positivos e negativos sobre o desenvolvimento das áreas de origem. Tudo dependente das possibilidades de ganho de renda disponível para os migrantes nos países de destino, que, se forem altas, podem gerar o aumento das contribuições desses para o desenvolvimento nos países de origem.

No tocante à família, a migração pode ser fator de melhoria para os ganhos domésticos, pois aqueles que migram acabam por enviar recursos aos seus familiares. Os efeitos positivos podem se espalhar para toda a comunidade e sociedade, evitando o declínio das comunidades rurais ou o colapso das economias nacionais.

Sobre a comunidade de destino, associações de migrantes podem servir como plataformas de desenvolvimento, resultando em ganhos significativos, como melhorias na saúde local, educação, saneamento e condições de infraestrutura e, por consequência, beneficiando as famílias de migrantes e não migrantes²⁹⁶.

A migração também pode ter efeito negativo sobre o país de origem, em particular se a força de trabalho se esgotar com a saída dos membros mais produtivos para o exterior. A chegada de dinheiro de migrantes ao país de origem pode ter uma influência sobre a

²⁹⁵ NYBERG-SORENSEN, N.; HEAR, N. V.; ENGBERG-PEDERSEN, P. The migration-development nexus: evidence and policy options. **International Migration**, v. 40, n. 5, p. 59.

²⁹⁶ Ibidem, loc. cit.

inflação e sobre a economia local, em particular, segundo Nyberg-Sorensen, Hear e Engberg-Pedersen²⁹⁷, sobre os preços dos imóveis.

Da mesma forma, o deslocamento forçado tem implicações para o desenvolvimento. Como migração econômica, a fuga de refugiados implica, para o país de origem, a perda da força de trabalho, dos trabalhadores qualificados e do capital. Enquanto permanecerem fora, os deslocados – *displaced people* (aqui, refugiados e apátridas, embora sejam também as minorias) – privam do seu trabalho e das suas competências o país natal, mas também abrem a possibilidade de remessas de recursos. Isso ocorre quando conseguem encontrar emprego e passam a enviar os excedentes para a família, porém, sempre na dependência das oportunidades abertas nos países que os recebem, sendo significativamente menores naqueles em que a prosperidade é menor.

Resta claro que migrantes também influenciam o desenvolvimento de seus países de origem, por meio dos recursos que enviam ou trazem de volta com eles. Esses recursos não estão uniformemente distribuídos, pois dependem dos países de acolhida. As remessas são um importante recurso para muitas famílias nos países de origem, pois vão diretamente para as pessoas, causando um impacto mais direto do que outros fluxos de recursos no incremento da sua renda²⁹⁸.

Nas sociedades em conflito ou que emergem de conflitos, a imagem é mais complexa. Remessas do exterior ajudam as famílias a sobreviverem durante o conflito e sustentam comunidades em crise; após o conflito, essas remessas são potencialmente um poderoso recurso para a reabilitação e reconstrução. Ao mesmo tempo, as remessas e outras transferências podem ajudar a perpetuar os conflitos ou crises que afligem essas famílias e comunidades, fornecendo suporte para os conflitos armados.

O retorno de migrantes e refugiados também pode ser um importante polo de desenvolvimento e reconstrução do país de origem, em particular no que se relaciona com o capital financeiro, humano e social que podem levar para casa consigo. Poderá surgir, no entanto, um dilema, pois o regresso de migrantes irá reduzir o fluxo de remessas para o país de origem. Da mesma forma, se a resolução de conflitos ou de crise é acompanhada de

²⁹⁷ NYBERG-SORENSEN, N.; HEAR, N. V.; ENGBERG-PEDERSEN, P. The migration-development nexus: evidence and policy options. **International Migration**, v. 40, n. 5.

²⁹⁸ Ibidem, p. 51.

repatriamento em larga escala, a fonte de remessas, obviamente, diminui, aumentando o potencial de instabilidade e conflito posterior²⁹⁹.

A diligência por uma nova vida, ou por uma vida digna, conduz a maioria dos movimentos migratórios. Quando a sobrevivência está em jogo, uma estratégia comum é mudar para outro lugar. Dessa forma, a noção de subsistência engloba os meios e as estratégias utilizadas para manter e sustentar a vida. Pessoas que vivem em ambientes de conflito lutam por subsistência, diversamente daquelas que vivem em ambientes mais estáveis e pacíficos.

Refugiados e deslocados internos em zonas de conflito estão sujeitos aos riscos que dificultam a procura por meios de subsistência. Suas metas imediatas são segurança física contra a violência, a ameaça de violência ou a intimidação e busca da redução da vulnerabilidade econômica e da insegurança alimentar³⁰⁰.

Se as populações móveis têm provado serem benéficas para o desenvolvimento local em tempos de conflito, bem como em tempos de deterioração das condições econômicas, políticas migratórias restritivas podem impedir esses ganhos. As políticas de desenvolvimento direcionadas para populações sedentárias ou as políticas que têm como objetivo a contenção. Ambas também podem prejudicar os ganhos obtidos com a circulação de pessoas pelo mundo.

Os países que recebem os migrantes podem ser classificados conforme o grau de restrições que impõem à sua entrada, tendo em vista, em especial, questões políticas, socioeconômicas, culturais e de proteção dos direitos humanos. Dessa forma, pode ser identificada a classificação, a seguir, dos países no tocante às restrições impostas à entrada de migrantes. Não se consideram aqui aqueles que entram de forma transitória. O que se quer avaliar é a entrada de migrantes que pretendem se fixar no país de destino. É certo, no entanto, que a entrada temporária é um caminho para a migração ilegal, mas essa questão se situa em esfera alheia ao escopo do presente trabalho.

²⁹⁹ CASTLES, S.; MILLER, M. J. **The age of migration**, p. 57.

³⁰⁰ LICHTER, D. T.; JOHNSON, K. M. Immigrant Gateways and Hispanic Migration to new destinations. **International Migration Review**, v. 43, n. 3, p. 498.

3.1.1 Restrições devidas a elementos xenofóbicos

Embora passível de identificar-se empiricamente em alguns países do mundo, em particular nos países europeus e centro-asiáticos, conforme Resnik³⁰¹, a restrição devida a elementos xenofóbicos já foi mais comum em outros períodos da história da humanidade, particularmente, na Idade Média e no Império Romano. Podendo, hoje, ser vista como contrária aos direitos humanos. É imperativo registrar que o sentimento de aversão ao estrangeiro ou à cultura estrangeira, o que se consubstancia em xenofobia, constitui discurso comum em vários partidos políticos europeus, sendo possível identificar exemplos na França, na Áustria, na Alemanha, na Itália, entre outros países do mundo. Em tese, portanto, as aludidas restrições ganhariam força, mesmo havendo violações a direitos humanos, caso esses partidos ganhassem espaço interno³⁰².

Parece, assim haver uma clara incompatibilidade entre essas restrições e a universalidade dos direitos humanos, até porque se afastam claramente da lógica das escolhas trágicas. Não se pode, todavia, negar que, a depender da situação econômica do país em que se pleiteia o ingresso, essas restrições eventualmente retornam sob inspiração do discurso de impor aos estrangeiros a responsabilidade pelos danos econômicos ali enfrentados³⁰³.

Xenofobia é definida como o medo que leva ao desprezo dos estrangeiros; é o afastamento das pessoas que são diferentes e que, como tais, passam a fazer parte da categoria dos excluídos. A xenofobia, segundo Mayadas e Elliott³⁰⁴, tem tanto componentes sociais quanto estruturais e interpessoais, podendo ser distribuída em vários níveis.

Pode-se identificar, inicialmente, o impacto das políticas nacionais nos padrões mundiais de imigração. Como o mundo está cada vez mais interligado a decisão interna traz consequências para todo o globo.

³⁰¹ RESNIK, J. **Migrations and mobilities**: citizenship, borders, and gender, p. 95.

³⁰² CASTLES, S.; MILLER, M. J. **The age of migration**, p. 264.

³⁰³ Sobre a discussão de elementos xenófobos, é oportuno conferir Spiro, que tenta fazer uma busca sobre a identidade estadunidense após o 11 de Setembro de 2001 (SPIRO, P. J. Dual citizenship as Human Right. **Int. J. Constitutional Law**, v. 8, n. 1, p. 37).

³⁰⁴ MAYADAS, N. S.; ELLIOTT, D. Integration and xenophobia: an inherent conflict in international migration. **Journal of Multicultural Social Work**, v. 2, n. 1, p. 47-62, 1992. p. 47.

Para ilustrar, pode-se citar que, com o total da população mundial de refugiados chegando à marca de 15 milhões, os Estados Unidos fixaram um teto de 125 mil para o reassentamento, em outubro de 1989³⁰⁵. Essa decisão repercute em todos os países que estão vinculados a normas sobre refugiados, pois a divisão se altera de maneira profunda.

Pelo signo da xenofobia, o nacionalismo é promovido em muitos países; v.g., em países em que as crianças são incentivadas a recitar palavras de apoio irrestrito à nação, como acontece nos Estados Unidos, segundo Mayadas e Elliott³⁰⁶, o sentimento nacionalista é elevado³⁰⁷, o que pode forjar uma identidade unida, mas a sua face inaceitável se manifesta em sistemas de crença popular e ideologias em que o estrangeiro é sempre estigmatizado e, muitas vezes, especialmente em tempos de recessão econômica, transformado em bode expiatório³⁰⁸.

3.1.2 Restrições devidas a elementos socioeconômicos

Apesar de mais próximas da lógica das escolhas trágicas, as restrições de índole socioeconômicas podem trazer violações aos direitos humanos, em particular, se forem pautadas na situação do migrante. Em outras palavras, se a restrição de ingresso acontecer por conta da situação pessoal do migrante, pode-se entender existente a violação a direitos humanos, mesmo que a restrição se dê por fundamento econômico.

Nesse caso, a restrição deveria ser exercida com foco na situação do Estado receptor. A decisão deveria analisar os recursos que o Estado tem disponíveis e a possibilidade de alocar recursos para recepção dos migrantes que pleiteiam ingresso³⁰⁹. É

³⁰⁵ MAYADAS, N. S.; ELLIOTT, D. Integration and xenophobia: an inherent conflict in international migration. **Journal of Multicultural Social Work**, v. 2, n. 1, p. 51.

³⁰⁶ Ibidem, p. 50.

³⁰⁷ Segundo RUBIO CARRACEDO, J. ROSALES, J. M.; TOSCANO MÉNDEZ, M. **Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos**, p. 126: “Lo más significativo de este proceso ha sido comprobar la pervivencia de los elementos étnicos en el universo simbólico de la identidad nacional moderna, que la han convertido en una realidad sin duda novedosa, pero difícilmente asimilable a una pauta única de desarrollo. Al contrario, como destaca Smith, la identidad nacional incorpora sus antecedentes étnicos o culturales en su configuración específicamente política.”

³⁰⁸ NGAI, M. M. **Impossible subjects**: illegal aliens and the making of Modern America, p. 21.

³⁰⁹ Sobre os princípios da justiça alocativa, cf. ELSTER, J. **Local Justice**: how institutions allocate scarce goods and necessary burdens, p. 62. A respeito dos custos das decisões trágicas, cf. CALABRESI, G.; BOBBITT, P. **Tragic choices**, p. 55.

evidente que o Estado deve levar em consideração, também, os direitos fundamentais que devem ser por ele protegidos e implementados.

3.1.3 Restrições devidas a elementos culturais

A preocupação com a preservação da cultura local pode conduzir as restrições a ingressos de estrangeiros. Recorde-se, por exemplo, a recente preocupação da Suíça com os minaretes islâmicos, que poderá desencadear o cerceamento de entrada de estrangeiros em seu território³¹⁰.

Utiliza-se também, com recorrência, essa questão como argumento político-partidário para tentar alcançar mais votos em eleições nacionais. Em outros termos, o candidato tenta convencer seus possíveis eleitores de que o maior endurecimento à entrada de migrantes poderá melhorar a situação econômica interna do país. A proteção internacional dos direitos humanos impediria, no entanto, que esses elementos fossem utilizados de forma pura, pois poderiam trazer à tona uma clara discriminação para com determinados povos³¹¹.

O argumento de proteção à cultura também pode dissimular o impedimento de entrada de pessoas que poderiam contribuir para trazer profundas alterações no Estado receptor, como é o caso do incremento da democracia³¹², e, por conta disso, pode ser tido como uma violação a direitos fundamentais³¹³. A referência é relativa àqueles governos que, para não sofrerem derrotas ou manifestações, controlam a entrada de pessoas que poderiam trazer ideais democráticos.

³¹⁰ REICH, J. Switzerland: freedom of creed and conscience, immigration, and public schools in the postsecular state – compulsory coeducational swimming instruction revisited. *Int. J. Constitutional Law*, v. 7, n. 4, p. 754-767, 2009.

³¹¹ HATTAM, V. *In the shadow of race: Jews, Latinos, and Immigrant Politics in the United States*. Chicago: University of Chicago Press, 2007. p. 23.

³¹² HONIG, B. *Democracy and the foreigner*, p. 41.

³¹³ Cf. HANSEN, R. *Citizenship and immigration in Post-war Britain: the institutional origins of a multicultural nation*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 89; AFSAH, E. Contested universalities of International Law. Islam's Struggle with Modernity. *Journal of the History of International Law*, v. 10, n. 2, p. 259-307. DOI: 10.1163/157180508X359855, 2008. Interessante também a abordagem trazida por REICH, J., op. cit., p. 757.

3.1.4 Restrições temporais

As restrições temporais podem ser entendidas como não adversas à proteção dos direitos humanos. Em alguns momentos, sem que haja um destinatário específico, é possível que sejam erigidas restrições desse tipo à migração. Também podem ser vistas no sentido inverso, naquelas hipóteses em que se cria uma clara política de liberação de entrada – v.g., quando El Salvador enfrentou, no final da década de 1990, desastres naturais, a entrada de seus nacionais nos Estados Unidos foi facilitada.

Dessa maneira, a restrição temporal pode existir para auxílio no enfrentamento de algum problema transitório, como crises financeiras ou desastres naturais^{314,315}.

3.1.5 Restrições inexistentes

Além do caso dos refugiados³¹⁶, que não podem sofrer restrições pelos países vinculados ao tratado internacional que visa protegê-los, há países que optam por não controlar suas fronteiras^{317,318}. Situação rara, identificada apenas em alguns países que se consideram paraísos fiscais ou que se acham incrustados no território de outro Estado, como acontece com alguns microestados europeus, a exemplo de San Marino e Andorra.

³¹⁴ KOLMANNKOG, V.; MYRSTAD, F. Environmental displacement in European Asylum Law. **European Journal of Migration & Law**, v. 11, n. 4, p. 313-326. 2009, p. 320.

³¹⁵ HANSON, G. H. et al. A. Immigration and the U.S. economy: labor-market impacts, illegal entry, and policy choices. **SSRN eLibrary**. 2001. p. 140. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=296108>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

³¹⁶ CARVALHO RAMOS, A. de. O Princípio do Non-Refoulement no direito dos refugiados: do ingresso à extradição. **Revista dos Tribunais**, v. 892.

³¹⁷ ROCHA, J. C. de C. et al. **Direitos Humanos: desafios humanitários contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados** (Lei n. 9.474 de 22 de julho de 1997). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

³¹⁸ DE VRIES, K. An assessment of “Protection in Regions of Origin” in relation to European Asylum Law. **European Journal of Migration & Law**, v. 9, n. 1, p. 83-103. DOI: Article, 2007.

3.1.6 Restrições impostas pela sociedade

As restrições podem ser mais ou menos aceitas pela sociedade do país que as coloca em prática. De fato, a discriminação institucionalizada na estrutura social deixa evidente que uma sociedade tem maior tendência para ações restritivas contra migrantes, em especial no que diz respeito ao acesso que os diferentes grupos raciais possuem aos recursos sociais, como renda, emprego, educação, saúde e serviços sociais. As minorias, como as indígenas, bem como grupos de migrantes, sofrem maior discriminação em sociedades em que as instituições assimilaram essas restrições como comuns³¹⁹.

A falta de condições de acomodação dos países receptores para reinstalação dos migrantes pode ser tida também como uma forma de agressão passiva aos estrangeiros – v.g., os programas de reassentamento de refugiados, em muitos países industrializados ocidentais, oferecem somente um apoio no curto prazo, sendo caracteristicamente de natureza residual. O deslocado é posto em estruturas precárias existentes, o que se traduz como uma forma de discriminação velada³²⁰.

Nesses casos, também surgem danos pessoais. O medo do estrangeiro, inclusive do refugiado, as diferenças culturais e religiosas, as fronteiras sociais, a insegurança econômica e as ideologias populares, que demonstram um componente de xenofobia, contribuem para um dano pessoal. Esse dano se concretiza pela rejeição aos estrangeiros e, em alguns casos, pela violência e agressividade para com eles³²¹.

3.2 A construção do direito de ingresso – o controle da decisão do Estado

Nos casos em que há fundamentos para limitação de ingresso inaceitáveis pelo direito, a teoria da liberdade controlada dos Estados se justifica por completo. Se houvesse

³¹⁹ MAYADAS, N. S.; ELLIOTT, D. Integration and xenophobia: an inherent conflict in international migration. *Journal of Multicultural Social Work*, v. 2, n. 1, p. 57.

³²⁰ Ibidem, p. 56.

³²¹ MAYADAS, N. S.; ELLIOTT, D. Integration and xenophobia: an inherent conflict in international migration. *Journal of Multicultural Social Work*, v. 2, n. 1, p. 57.

total liberdade do Estado, não seria possível constatar a violação ao direito internacional mesmo no caso de restrições ao ingresso com fundamentos não aceitos juridicamente³²².

Ao contrário do que se pode pensar, não se está aqui defendendo que o Estado terá sua decisão controlada apenas se ela for fundamentada, como acontece com os atos discricionários da administração pública. O que se quer aqui expor é que o impedimento de ingresso não pode violar normas de direito internacional dos direitos humanos, tendo, portanto, de ser fundamentado, o que abre espaço para o controle dos atos estatais, como a decisão sobre o ingresso, antes protegida pela soberania do Estado.

O ato do Estado que impede o ingresso de estrangeiro está, assim, subordinado às normas internacionais de proteção dos direitos humanos, não havendo a possibilidade de que a falta de fundamentação afaste a sua discussão.

Afastar o imigrante de seu território deve ser uma decisão que se utilize do mecanismo das escolhas trágicas. Todavia, ainda assim, há decisões que demonstram resistência a tal tese. De fato, segundo Bosniak³²³, a Suprema Corte dos Estados Unidos assinalou que não poderia impedir o uso equivocado do poder do Estado no campo da migração; assim, o Judiciário não interferiria nas ações governamentais na área. Entretanto, apesar de não explicitamente apoiar a necessidade de proteção do migrante, a Corte não teria deixado, ainda, de ressaltar que as normas internas poderiam ser aplicadas às relações que envolvem migrantes, servindo para protegê-los. Tal argumento poderia abrir espaços, também, para que o mesmo aconteça com as normas de tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

A despeito dos avanços na área, que acabam por permitir que se apliquem normas protetivas de direitos fundamentais em questões ligadas à migração³²⁴, Bosniak³²⁵ ressalta

³²² RUBENSTEIN, K.; ADLER, D. International Citizenship: the future of nationality in a globalised world. **SSRN eLibrary**. 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=231675>>. Acesso em: 3 abr. 2010.

³²³ Segundo Bosniak: “The Supreme Court has signaled that, in the event of a particularly egregious misuse of government power in this area, the courts would not stand by. Far more significantly, courts have treated the procedures pursuant to which the government’s immigration power is exercised as fair game for often rigorous scrutiny, at least under some circumstances. A century ago the Supreme Court established that aliens, including undocumented aliens, were entitled to due process in deportation proceedings, and since then, deportation procedures have been substantially constitutionalized. In addition, courts have sometimes been willing to interpret the immigration statute broadly enough to confer substantial procedural and substantive rights on aliens undergoing exclusion and deportation (now ‘removal’ proceedings), as well as naturalization.” (BOSNIAK, L. **The citizen and the alien: dilemmas of contemporary membership**, p. 51).

³²⁴ Motomura realiza interessante análise da utilização do *habeas corpus* por migrantes, em especial nas situações de deportação (MOTOMURA, H. Immigration Law and Federal Court Jurisdiction through the Lens of Habeas Corpus. **SSRN eLibrary**. 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=868588>. Acesso em: 5 abr. 2011).

³²⁵ Conforme Bosniak: “While conceding that the political branches possess plenary constitutional power

que, apesar de entender possível haver decisões que não passem pelo controle judicial, existem casos, particularmente aqueles que utilizem normas constitucionais não visíveis (*phantom constitutional norms*), conforme ensinamento de Motomura³²⁶, em que o Judiciário demonstrou a existência de limites à atuação estatal. Em outras palavras, normas não expressas na constituição podem servir de base para decisões judiciais que afastam atos administrativos.

No entanto, segundo Motomura³²⁷, deve-se ter o cuidado com a aplicação de normas de direitos fundamentais às relações envolvendo migrantes, pois percebe os avanços e retrocessos dos tribunais internos dos Estados Unidos, o que pode ser também identificado em outros tantos destinos de migrantes no mundo.

3.3 A situação de vulnerabilidade jurídica dos migrantes

A vulnerabilidade dos migrantes não pode ser ignorada. Ela é exposta por vários estudos, como os de Benhabib^{328,329} e a interessante pesquisa de Böhlmark³³⁰, em que se faz a constatação de que filhos de imigrantes ficam, muitas vezes, em desvantagem na escola, enquanto se ajustam ao seu novo ambiente. Verificou-se que a idade de crianças de sete anos ou acima representa, na migração, um período sensível de adaptação no tocante ao desempenho na escola, por duas razões principais: eles já passaram da idade primordial para a aprendizagem de línguas, e sua aquisição de competências é menos eficiente, enquanto aprendem a dominar a nova língua.

Por meio da apropriação de dados administrativos suecos, foram analisados ao longo do tempo migrantes nascidos entre 1972 e 1976, a partir da adolescência (16 anos)

with regard to substantive immigration decision making, the courts have fashioned, as Hiroshi Motomura has shown, both ‘procedural surrogates’, and ‘phantom constitutional norms’ through statutory interpretation, to make real inroads into the formally unconstrained federal power to regulate immigration.” (BOSNIAK, L., op. cit., p. 51).

³²⁶ MOTOMURA, H. Immigration Law after a Century of Plenary Power: Phantom Constitutional Norms and Statutory Interpretation. *Yale Law Journal*, v. 100.

³²⁷ MOTOMURA, H. Immigration Law after a Century of Plenary Power: Phantom Constitutional Norms and Statutory Interpretation. *Yale Law Journal*, v. 100.

³²⁸ BENHABIB, S. *Democracy and difference*.

³²⁹ Idem. *The rights of others: aliens, residents, and citizens*.

³³⁰ BÖHLMARK, A. Integration of childhood immigrants in the short and long run: Swedish evidence. *International Migration Review*, v. 43, n. 2, p. 387-409. DOI: 10.1111/j.1747-7379.2009.00769.x, 2009. p. 388.

até a idade adulta (30 anos), com o objetivo de estudar o papel da idade na imigração para os resultados do mercado de educação e trabalho. Identificou, também, mais um sintoma que demonstra a vulnerabilidade dos migrantes.

Segundo Leitner³³¹, embora os Estados-nação assumam no âmbito de seus territórios a condução da política e a garantia das liberdades, inclusive a cultural, nos dias atuais, as suas fronteiras deixam de ser barreiras uniformes, para se caracterizam por diferentes graus de abertura aos migrantes internacionais.

A manipulação da permeabilidade das fronteiras constitui a política de admissão e de exclusão. Há duas dimensões para essa política: uma geográfica, que permite aos migrantes o acesso à residência e ao trabalho no território nacional, e outra que permite, em alguns casos, que os migrantes tenham acesso à cidadania.

Para tanto, é necessário analisar o complexo de forças econômicas, políticas e sociais que incidem sobre a política de admissão e exclusão e examinar como essas forças estão operando em determinado contexto histórico e geográfico para determinar a admissão de migrantes em território nacional. Para possibilitar melhor visualização, saliente-se que, durante o período do Pós-guerra, os países prósperos da Europa Ocidental demonstraram boa vontade em aceitar migrantes como mão de obra temporária, mas isso mudou e hoje esses países estão menos dispostos a fornecer-lhes o acesso aos direitos civis e políticos da cidadania, o que demonstra que o interesse econômico pode ser excludente para os estrangeiros, permitindo a fusão de posições nacionalistas e ideologias racistas em políticas equivocadas de admissão, mesmo nos avançados países industrializados³³².

Pode-se dizer, ademais, que há sinais da integração dos Estados-nação em blocos regionais, como a Comunidade Europeia, que está alterando a política de admissão e de exclusão praticada pelos países-membros, restando dominante a escala supranacional.

Com isso, mais uma vez, retorna-se à ideia de que a vulnerabilidade dos migrantes se coloca em nível bastante alto, havendo grande dificuldade de se construírem redes de proteção, especialmente em momentos econômicos adversos.

³³¹ LEITNER, H. International migration and the politics of admission and exclusion in postwar Europe. **Political Geography**. 1995, p. 259. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science?_ob=GatewayURL&_method=citationSearch&_urlVersion=4&_origin=EXLIBMETA&_version=1&_uokey=B6VG2-3Y45T6V-V&md5=cf93c1b75ef69ff41a9bfccdb43d2845>. Acesso em: 8 jul. 2010.

³³² LEITNER, H. International migration and the politics of admission and exclusion in postwar Europe. **Political Geography**. 1995, p. 269. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science?_ob=GatewayURL&_method=citationSearch&_urlVersion=4&_origin=EXLIBMETA&_version=1&_uokey=B6VG2-3Y45T6V-V&md5=cf93c1b75ef69ff41a9bfccdb43d2845>. Acesso em: 8 jul. 2010.

Para Buzdugan e Halli³³³, imigrantes canadenses têm aumentado seus níveis de educação, todavia, com prejuízo do salário, que, na média, diminuiu. Isso ocorreu, em parte, pela desvalorização do ensino, ou seja, há necessidade de se estudar cada vez mais para conseguir o mesmo destaque que, no passado, era alcançado com menos estudo; além disso, houve também uma desvalorização da experiência de trabalho. Os migrantes de países em desenvolvimento sofrem a desvalorização mais aguda, aumentando sua vulnerabilidade.

A ligação entre essa vulnerabilidade e a garantia dos direitos humanos tem relação com a garantia da universalidade de direitos humanos. O que se investiga nesse ponto é se é possível negar o rol de direitos humanos aos que circulam pelo mundo.

³³³ BUZDUGAN, R.; HALLI, S. S. Labor market experiences of Canadian immigrants with focus on foreign education and experience. **International Migration Review**, v. 43, n. 2, p. 366-386. DOI: 10.1111/j.1747-7379.2009.00768.x, 2009. p. 366.

4 A NACIONALIDADE E A UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

O paradoxo da migração reside no fato de que o indivíduo, por mais que tenha a proteção dada pelos direitos humanos, não tem garantido o direito de livre circulação pelo mundo. Dessa forma, conforme Chang³³⁴, fica limitada a aplicação da universalidade, uma das características dos Direitos Humanos, pois haveria tão só um espaço específico em que ela pode ser exercida, não se garantindo, assim, o direito de circulação pelo mundo. Com isso, segundo Bosniak³³⁵, podem-se acarretar, para muitos, inconsistências na defesa da universalidade dos direitos humanos.

O que se busca é demonstrar a possibilidade de compatibilização entre a universalidade dos direitos humanos e as limitações à circulação de pessoas pelo mundo, em especial na questão relativa ao ingresso de indivíduos em Estado estrangeiro.

Não se aspira, com isso, trazer um debate sobre a existência ou não da universalidade ou, ainda, se chegar a um conceito sobre ela. O presente trabalho parte da ideia de que a universalidade existe e a partir daí passa a discutir o seu elo com a limitação da circulação. Inexiste, portanto, a intenção de conceituar e debater a existência da universalidade. Ressalte-se, porém, que, como assevera Carvalho Ramos³³⁶, a universalidade é garantida pela Declaração de Viena de 1993, devendo ser diligenciada como forma de se garantir “a plena e universal realização dos direitos humanos”.

É necessário, pois, empenhar-se por uma compatibilização entre as duas ideias, pois, ao mesmo tempo em que existe a universalidade, não se pode negar, há o direito do Estado de controlar a entrada de pessoas pelas suas fronteiras.

Garantir a universalidade à distância, ou seja, obter a proteção universal dos direitos humanos, porém atrás de barreiras alfandegárias, pode ser tida como uma clara incoerência, se, principalmente, for posta apenas dessa maneira. As incoerências do sistema evidenciam florescer com essa comparação; no entanto, é necessário trazer alguma

³³⁴ CHANG, H. F. The immigration paradox: alien workers and Distributive Justice. **SSRN eLibrary**. 2008. p. 12. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1171943>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

³³⁵ BOSNIAK, L. Persons and citizens in constitutional thought. **Int. J. Constitutional Law**, v. 8, n. 1, p. 9-29, 2010. p. 27.

³³⁶ CARVALHO RAMOS, A. de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**, p. 197.

lógica a essa relação, sempre levando em conta a proteção dos direitos humanos e o exercício de direitos dos Estados.

As ideias de limites à circulação e universalidade, portanto, têm uma relação ambígua no pensamento tanto constitucional quanto no internacional. Na grande parte das vezes, são tidas como claras situações antagônicas. Os pedidos de ingresso negados, com aparente exclusão da universalidade, não podem ser tidos como possibilidades indiscutíveis dos Estados.

O que este estudo visa defender é que não existem possibilidades ilimitadas para os Estados. É fato que há o direito de impedir a entrada, mas, também, é fato que não há direitos ilimitados, sendo essencial, portanto, que as possíveis limitações, que evidenciam passar pela discussão da universalidade, sejam identificadas e testadas. De acordo com o constitucionalista Karst³³⁷, há um direito fundamental a ser tratado pela sociedade como uma pessoa que a ela pertence, não havendo limite espacial para tanto.

Com frequência, a decisão do Estado é tomada sem nenhuma preocupação com as normas jurídicas, decorrendo daí a possibilidade de se identificar oposição clara entre universalidade dos direitos humanos e controle de ingresso de estrangeiros. Seria plausível se utilizar, não de forma descontrolada, do caminho das escolhas trágicas para dar lógica à decisão do Estado de permitir ou não o ingresso de estrangeiro. Dessa maneira, poder-se-ia erigir uma exceção compreensível à universalidade.

4.1 A universalidade dos direitos humanos e suas aparentes limitações

De plano, é necessário ressaltar que não há proteções absolutas no direito. Tomada como correta essa afirmação, poder-se-ia concluir que haveria possibilidade de se conter a universalidade; no entanto, em uma primeira análise da universalidade, que é tida como existente no plano tanto da titularidade quanto do tempo e da cultura, assevera Carvalho Ramos³³⁸ que qualquer limitação poderia retirar-lhe o caráter essencial. Isso porque, se algo é universal, não pode conter limitações. Entre os que verificam uma possível violação

³³⁷ KARST, K. L. **Belonging to America**: equal citizenship and the Constitution. Yale University Press, 1991. p. 138.

³³⁸ CARVALHO RAMOS, A. de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**, p. 179.

da universalidade por força do impedimento de entrada, destacam-se Bosniak³³⁹ e Werbner³⁴⁰.

Conforme exposto, a limitação ao direito não deve ser tida como fratura à universalidade, mas, puramente, não aplicação do direito de circulação para um caso específico; desse modo, não se quer aqui expor limitações aplicáveis à universalidade, mas aos direitos humanos que a possuem como característica.

Limitar o direito de publicidade não diminui a universalidade, o mesmo acontece no caso de se restringir a liberdade de expressão, que também não a nega. Em ambos os casos, a limitação recai sobre o direito fundamental, nunca sobre a universalidade. Pode-se dizer, assim, que é possível restringir a circulação sem haver um esvaziamento da universalidade. A colisão, dessa maneira, não seria entre universalidade e restrição à circulação; se assim fosse, sempre que houvesse uma restrição, o ataque seria direto à universalidade.

As soluções de conflitos entre princípios e direitos fundamentais, discutidas com recorrência, demonstram que o caminho é a solução de conflito entre direitos, não havendo espaço para a negação da universalidade; dessa maneira, quando se fala em limitação da universalidade, o que se quer significar é a limitação de um direito fundamental.

Há, no entanto, um claro problema em se pautar a decisão de ingresso na efetivação interna de direitos sociais. Se esse for o caminho trilhado, o cuidado deve ser grande. A decisão não pode ser pautada na capacidade econômica daquele que pretende ingressar, pois, se assim fosse, poderia acontecer uma diferenciação infundada entre pessoas provenientes do mesmo país, porém, com condições financeiras distintas. Além disso, poderia haver, aí sim, negação da universalidade se o fundamento da diferenciação levasse em consideração o país de procedência do migrante.

O véu de ignorância, que pretende que o direito pense a sociedade sem exatamente saber onde será o seu criador nela colocado, conforme explicado por Rawls³⁴¹, afasta essa postura, com o objetivo de evitar a produção de uma anomalia, que permitiria o tratamento desigual entre iguais. Se as políticas de admissão se baseiam apenas nos interesses dos nativos e migrantes que já foram admitidos, a recusa a admitir migrantes pobres pode

³³⁹ BOSNIAK, L. Persons and citizens in constitutional thought. **Int. J. Constitutional Law**, v. 8, n. 1, p. 11.

³⁴⁰ WERBNER, P. The Translocation of culture: migration, community, and the force of multiculturalism in history. **SSRN eLibrary**. 2005. p. 14. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=739205>. Acesso em: 21 mar. 2010.

³⁴¹ RAWLS, J. **A Theory of Justice**, p. 173.

surgir, no entanto, sob pretexto equivocado, pois o argumento de que poderia haver a concessão de benefícios públicos para os que querem entrar tenderia a aumentar a carga fiscal imposta aos residentes.

O tema econômico é aplicável à decisão sob a ótica do Estado. Em outras palavras, a aceitação de aplicar todos os direitos aos migrantes deve tornar a entrada mais criteriosa, porém, o Estado, nesse momento, deve, para aplicar a justiça distributiva em relação a todos, olhar para si e verificar se comporta a entrada dos migrantes, nunca, no entanto, fazendo uma análise da situação econômica enfrentada pelo migrante.

Em muitos casos, no entanto, o que se percebe é que, na visão de alguns migrantes, seria muito melhor se não houvesse a preocupação com a igualdade, o que facilitaria bastante a entrada, porém, violaria a dignidade humana e poderia gerar situações de severas violações a direitos, a exemplo dos direitos trabalhistas.

Para aqueles que migram por conta das condições adversas enfrentadas em seus países de origem, é compreensível que tenham como objetivo imediato a entrada, o que os faz deixar de lado a preocupação com o próprio bem-estar, aceitando, até mesmo, que não sejam tratados como iguais. Se, portanto, a preocupação com o bem-estar dos migrantes pobres motiva políticas sociais dirigidas para eles, mostra-se perverso invocar essas políticas como uma razão para pautar o impedimento de entrada dos migrantes, cujo bem-estar se procura melhorar com as aludidas políticas. As políticas devem ser pensadas para todos (migrantes ou não), assim como a todos devem destinar-se os recursos do Estado.

Entende-se, dessa forma, que não é razoável, do ponto de vista do bem-estar humano, a diferenciação com base na classe social do migrante, o que poderia trazer prejuízos à universalidade. Aquele que impede a entrada de um estrangeiro pobre, que poderia, com isso, escapar da pobreza extrema, invocando os princípios de justiça e igualdade para o estrangeiro, mostra-se vulnerável à acusação de violação à universalidade, isto é, poderia não usar o véu de ignorância de Rawls³⁴². Mostram-se incoerentes, portanto, políticas públicas que visem afastar os migrantes pobres.

A preocupação com a universalidade apresenta-se com clareza quando surgem notícias como a da ligação entre Itália e Líbia. Por acordo firmado entre os dois países, a Líbia fica responsável por impedir que estrangeiros ilegais cheguem à costa italiana. Os capturados seriam levados para a Líbia. Por essa combinação realizada entre os Estados, a

³⁴² SMART, W. **Eight Modern Essayists**. 2th ed. New York: St. Martin's Press, 1973.

Itália não teria de se preocupar com o destino dos capturados. Como a Líbia não está vinculada ao sistema europeu de proteção dos direitos humanos, a decisão italiana mostra-se contrária à universalidade. O relatório da Human Rights Watch³⁴³ demonstra uma situação de clara violação de direitos fundamentais essenciais.

Sobre o tema, portanto, a Human Rights Watch³⁴⁴ divulgou, em 21 de setembro de 2009, relatório no qual avalia as consequências do acordo migratório entre a Itália e a Líbia, firmado em maio de 2009. Nesse relatório, a ONG demonstrou sua insatisfação e clamou para que Roma e a UE suspendam de imediato a por ela chamada de “política de expulsão” em vigor na Itália. O grupo pró-direitos humanos também entende que a Líbia deve criar uma legislação de proteção ao refugiado.

O relatório traz entrevistas com 91 migrantes. Segundo relataram, eles foram submetidos aos mais variados tipos de humilhações nos centros de detenção líbios. O documento apresenta uma análise bastante completa do acordo que freou a entrada de africanos no país europeu, uma consequência da exclusão sumária daqueles capturados no Mediterrâneo por patrulhas líbias. “A verdade é que a Itália está mandando pessoas rumo ao abuso”, diz o texto.

Além das humilhações, os relatos são de espancamentos, extorsões e prisões lotadas e sem higiene, assim como de exploração por quadrilhas de tráfico humano. O que se apurou foi informado por pessoas que de lá conseguiram sair, pois o país africano impede a entrada nas prisões.

Do ponto de vista da Itália, essa é uma decisão que a protege, pois afasta os migrantes ilegais. Para se ter uma ideia, em 2008, mais de 31 mil africanos entraram na Itália por mar; com o tratado, a cifra caiu em 92%. Segundo o relatório, a política italiana falha por ignorar os problemas dos imigrantes e apenas evitar sua entrada na Europa.

A política de imigração, identificando aí a possibilidade de o Estado determinar quem entra em seu território, não viola a universalidade, sendo possível, no entanto, que o direito do Estado sofra restrições com base na proteção dos direitos humanos.

A presunção é que a universalidade e a exclusão – ou impedimento de entrada – são complementares, pois operam em esferas distintas. Com a universalidade garante-se que os direitos humanos deverão ser respeitados, no entanto, o direito de ingresso não foi, em

³⁴³ HUMAN RIGHTS WATCH. Forced apart (by the numbers). 2009. p. 47. Disponível em: <<http://www.hrw.org/en/reports/2009/04/15/forced-apart-numbers-0>>. Acesso em: 23 abr. 2010.

³⁴⁴ Ibidem, loc. cit.

nenhum momento, declarado internacionalmente ou aceito como costume, podendo sofrer restrições. É possível, no entanto, que aconteça o surgimento do direito de ingresso específico, garantido para os que pleiteiam refúgio.

E ainda, quando se trata de migrantes, lacunas e ambiguidades nos instrumentos jurídicos enfraquecem o reconhecimento dos seus direitos, bem como do seu acesso a esses direitos. É ilustrativo dessa situação o fato de não se verificar, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, o reconhecimento explícito da aplicabilidade desses direitos para estrangeiros. Embora o direito internacional dos direitos humanos garanta o tratamento digno aos indivíduos, que engloba garantias de proteção a direitos fundamentais em específico aos não cidadãos, isso não é suficiente para englobar as diversas situações especiais que os migrantes podem enfrentar durante o processo de migração.

Proteção contra a discriminação racial e étnica é particularmente importante para os migrantes que são minorias no país de acolhimento; no entanto, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, permanece ambígua na prestação de proteção aos migrantes. Na verdade, toda a questão é saber se há um núcleo de direitos tão fundamentais que devam ser respeitados pelos Estados para todos os indivíduos, independentemente da sua nacionalidade, procedência ou situação de regularidade no país em que se encontrem, o que tem sido tema de debates acalorados.

De maneira não surpreendente, a falta de especificidade sobre o direito dos migrantes a esses direitos fundamentais é também muitas vezes traduzida em legislação nacional. Em muitos países – v.g., na Argélia, Angola, República Democrática do Congo, Egito, Irlanda, Líbano, República Unida da Tanzânia (Zanzibar) e Togo – disposições sobre a igualdade de tratamento nas constituições e leis nacionais aplicam-se apenas aos nacionais.

Outra fragilidade existente no conjunto de normas internacionais refere-se à natureza dispersa e fragmentada dessas disposições no tocante à migração. Isto não só enfraquece a proteção oferecida aos migrantes, mas também torna mais difícil para eles empenhar-se para alcançar a efetividade dessas disposições. Também para os ativistas dos direitos humanos, com a dispersão das normas, a luta pelos direitos dos migrantes fica mais complexa.

A ONU publicou, em dois volumes, uma coleção de todos os seus tratados de direitos humanos e textos – *Direitos Humanos: uma compilação de instrumentos*

internacionais, editada em 2002, mas não há nenhum compêndio, nesses instrumentos, de interesse específico para os migrantes, ou qualquer movimento efetivo para consolidar e codificar as regras e as normas sobre o tema. É certo que, pela definição clara e específica que determina a aplicação dos direitos humanos básicos a todos os trabalhadores migrantes e suas famílias, a Convenção Internacional sobre Trabalhadores Migrantes e suas Famílias, de 1990, faz, em certa medida, esse papel, tentando superar as deficiências da proteção dos migrantes.

Mas as limitações da Convenção também são claras, como, v.g., excluir de modo explícito do seu âmbito um número de grupos importantes de migrantes, além de não cobrir expressamente todas as situações de potencial violação de direitos humanos. No que se refere aos refugiados, um instrumento internacional de relevância para os direitos humanos é a Convenção de 1951. Mas ela também possui muitas e importantes lacunas, além de ambiguidades, que impedem a adequada proteção aos refugiados.

Em face do exposto, pode surgir um possível paradoxo na política de imigração, representado pela limitação à livre circulação em contraponto à universalidade³⁴⁵. De fato, o compromisso de tratar o migrante como um igual pode se concretizar em algo contra o estrangeiro que pleiteia seu ingresso, pois o ato de admissão desencadeia justiciabilidade de direitos, em especial os sociais. Caso o estrangeiro não fosse tido como um igual, não haveria limitações ao seu ingresso – ao menos não nos moldes atuais.

Decerto, uma regulação internacional mais clara poderia coibir o fato de que a ampliação de direitos para os que ingressam pudesse servir de fundamento para o impedimento de entrada dos demais; porém, esse é apenas uma aparente violação, pois, como escolha trágica, a permissão de entrada pode trazer como consequência a limitação de um direito em favor de outro, o que não pode ser tido como um paradoxo. Isso porque acontece com regular frequência em vários momentos do direito, em especial nos casos ligados à alocação de recursos escassos, segundo Elster³⁴⁶, fazendo surgir as escolhas trágicas, ou, segundo Silva³⁴⁷, nos casos de ponderação de direitos, em que se limita um direito para aplicação de outro.

³⁴⁵ Sobre o paradoxo da imigração, cf. CHANG, H. F. The immigration paradox: poverty, distributive justice, and liberal egalitarianism. **SSRN eLibrary**. 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=414561>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

³⁴⁶ ELSTER, J. **Local Justice**: how institutions allocate scarce goods and necessary burdens, p. 48.

³⁴⁷ SILVA, J. A. da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 23-50.

De toda sorte, a universalidade não é, e não pode ser, afastada pela possibilidade de o Estado limitar a entrada de estrangeiros em seu território. Tal fato decorre do exercício de direito do Estado; no entanto, esse direito não pode ser exercido sem limites. Os limites estão fundados na proteção dos direitos humanos.

A aludida limitação, por sua vez, não se encerra aí, devendo ser identificada nas várias ações para proteção do indivíduo. A decisão do Estado precisa seguir uma lógica, que pode ser identificada pelos objetivos que precisa alcançar, pelos direitos sociais que precisa garantir, pela direção que a Constituição lhe dá – o que exige que o fundamento do impedimento de entrada esteja atrelado a bases de proteção dos direitos fundamentais.

Sem fazer alusão ao assunto relativo à competência legislativa, pois se trata de Estado-membro da federação estadunidense – o que está em discussão no Judiciário interno e já rendeu liminar de suspensão parcial dos efeitos da lei –, a legislação do Arizona, aprovada em 23 de abril de 2010, é tida como a mais dura para conter a migração clandestina, pois criminaliza o ato de ser um imigrante ilegal. Essa lei, que fez nascer reações contrárias já no momento em que foi publicada, constitui um exemplo de como a migração é tida como um tema central nas causas para o maior incremento da criminalidade no Estado.

Nesse passo, não se trata de construir ou discutir como fazer a escolha trágica, mas tão somente de uma limitação sem fundamento de direitos de todos os migrantes, sem serem analisadas as razões para restrições tão severas. Pode-se vislumbrar, assim, violação a normas contidas em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, além de diversas normas internas, pois, a criminalização do ingresso irregular é próximo de punir aquele que busca futuro econômico melhor para si ou para sua família. Atacando frontalmente a possibilidade vida digna.

4.2 Coordenação dos conceitos – nacionalidade e universalidade

A universalidade dos direitos humanos determina que todos os seres humanos, em qualquer tempo, independentemente da cultura ou da religião que professam, devem ser

protegidos por todas as normas de direitos humanos³⁴⁸. Apesar das críticas que são feitas à universalidade³⁴⁹, os argumentos a seu favor são reforçados pela Declaração de Viena, de 1993.

Na sequência, cabe definir o conceito de universalidade dos direitos humanos. Para melhor conceituar a universalidade, devem-se considerar três planos, cada um com sua própria gama de implicações. Em um primeiro nível, considerado inicial, há aquele que determina a sujeição de todos os Estados e a proteção de todos os seres humanos. Aqui, nesse ponto, é bastante sensível a imagem divulgada pelo sítio do jornal *The New York Times*³⁵⁰, no dia 24 de abril de 2010, em que hispânicos seguram cartazes com a expressão em inglês dizendo que os imigrantes são humanos. Nesse primeiro plano, garante-se não só a determinação de que todos devem respeitar os direitos humanos, mas também que todos devem ser protegidos por eles.

Uma universalidade, assim entendida como validade e aplicabilidade global, exclui a possibilidade de criação de subsistemas nacionais, válidos para o Estado todo ou apenas para certas localidades, e regionais, fazendo-se aplicável a toda a densa teia de acordos bilaterais entre os Estados³⁵¹. As normas criadas em sistemas nacionais ou regionais, de qualquer ramo do direito, permanecem envolvidas, por assim dizer, em um corpo fundamental universal, ou núcleo, formado pelo direito internacional dos direitos humanos. Nesse sentido, o direito internacional dos direitos humanos obriga e protege a todos.

Em um segundo nível, idealizado por Simma³⁵² para todo o direito internacional, pode aqui também ser aplicado. Segundo o autor, em geral, a compreensão da universalidade responde à questão de saber se o direito internacional pode ser percebido como constituindo um todo organizado, um sistema jurídico coerente, ou se permanece um conjunto aleatório de normas, sem ligação entre si. O mesmo é possível dizer da universalidade dos direitos humanos, que formariam um conjunto organizado de normas, um ordenamento, que teria aplicação em qualquer tempo, alcançando, assim, o nível

³⁴⁸ CARVALHO RAMOS, A. de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**, p. 179.

³⁴⁹ Para uma análise dos argumentos favoráveis e contrários à universalidade, cf. idem. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**, p. 185-197.

³⁵⁰ Disponível em: <http://www.nytimes.com/imagepages/2010/04/24/us/24immig_CA0.html>. Acesso em: 24 abr. 2010.

³⁵¹ JENNINGS, R. W.; MARSH, H. **Securities regulation: cases and materials**, University casebook series. 6th ed. Mineola, N.Y: Foundation Press, 1987. p. 39-41.

³⁵² SIMMA, B. Universality of International Law from the perspective of a practitioner. **Eur. J. Int. Law**, v. 20, n. 2, p. 265-297, 2009. p. 267.

temporal da universalidade³⁵³. Esse nível traz unidade ao ordenamento de direitos humanos, não importando o momento em que ele é aplicado.

O terceiro nível é tido como cultural, reforçando, assim, o seu caráter contramajoritário; dessa forma, não podem existir barreiras culturais (ou religiosas) à aplicação dos direitos humanos. Uma abordagem universalista dos direitos humanos, nesse sentido, manifesta a convicção de que é possível, desejável, de fato urgentemente necessário, o afastamento das imposições culturais e religiosas na proteção de normas reconhecidas em nível internacional como essenciais à proteção dos seres humanos. Os direitos humanos, conforme esse entendimento, não são apenas uma caixa de ferramentas de regras e princípios que podem ser utilizados de acordo com a vontade de quem adquire a caixa. Trata-se, ao contrário, de um projeto universal global, que determina a aplicação e o respeito de todas as normas por ele trazidas, tendo sido definido com mais clareza, em sua faceta universal, após a II Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993. A Declaração originária dessa Conferência (Declaração de Viena) determinou que a “natureza universal desses direitos e liberdades não admite dúvidas”³⁵⁴.

Há reações ao universalismo, como se pode depreender, dentre muitos, do texto de Rosenfeld³⁵⁵, que relata as dificuldades de superar o regionalismo, em especial no tocante ao último plano da universalidade, abrindo-se espaço para o multiculturalismo.

A nacionalidade, por sua vez, é tida como o vínculo jurídico-político que une o indivíduo a um Estado³⁵⁶. Vínculo esse que define quem é o estrangeiro e, portanto, poderia ser tido como uma forma de limitar a universalidade. Além disso, quando somado ao direito do Estado de impedir a entrada de estrangeiros em seu território, poderia induzir à conclusão de existência de incompatibilidade entre os dois conceitos – nacionalidade e universalidade.

Pode-se discutir o tratamento que o Estado dá aos solicitantes de refúgio, sendo possível identificar até mesmo alguns casos de severas violações aos direitos humanos, pois são abrigados em locais semelhantes a prisões, ou, ainda, os casos envolvendo o mencionado acordo entre Líbia e Itália, pelo qual se impede que o indivíduo solicite refúgio ao governo italiano.

³⁵³ CARVALHO RAMOS, A. de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**, p. 179.

³⁵⁴ CARVALHO RAMOS, A. de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**, p. 180.

³⁵⁵ ROSENFELD, M. Comment: Human rights, nationalism, and multiculturalism in rhetoric, ethics, and politics: a pluralist critique. **Cardozo Law Review**, v. 21, 1999, p. 1.225.

³⁵⁶ REZEK, J. F. **Direito Internacional Público: curso elementar**, p. 180.

Em linhas gerais, não se pode visualizar contradições entre os dois conceitos, sendo possível entender que a nacionalidade traz ao indivíduo a necessidade de solicitar abrigo primeiro ao país com o qual mantém esse vínculo. Caso decida migrar, o Estado que o vai receber poderá, com base na lógica das escolhas trágicas e na proteção internacional dos direitos humanos, impedir o seu ingresso.

Faz-se mister investigar como a vulnerabilidade é identificada, no ingresso ou após, em alguns países do mundo. Com esse propósito, foram escolhidos, para análise no capítulo 5, um Estado em desenvolvimento (Rússia), um país da América Latina (México), países europeus que formam os principais destinos de migrantes ilegais (Alemanha, França e Espanha), dois destinos procurados da Oceania (Austrália e Nova Zelândia), a maior economia do mundo (Estados Unidos), um país do extremo oriente (Japão), além de se analisar a questão no Brasil. A intenção subjacente a essas escolhas é a de traçar, com base na distribuição regional e na importância econômica dos países, um panorama geral das vulnerabilidades dos migrantes pelo mundo.

PARTE II – NACIONALIDADE E AFIRMAÇÃO DE DIREITOS NO DIREITO COMPARADO E NA PRÁTICA INTERNACIONAL

5 O INGRESSO DO ESTRANGEIRO EM OUTROS PAÍSES E EM SISTEMAS INTERNACIONAIS

5.1 O ingresso do estrangeiro no Direito Comparado

De início, percebe-se que não há uma política uniforme no globo para tratar do ingresso de estrangeiros, assim como também não se identifica a existência de determinações claras para controle de ingresso em cada Estado de modo isolado. Talvez essa seja uma conduta que pretenda livrar o Estado de se ver vinculado e preso a esses fundamentos.

Para que se possam pontuar eventuais violações, sob pena de ser entendidas contrárias ao direito todas as condutas, é relevante que exista a clara determinação da política a ser utilizada pelo Estado para o ingresso de migrantes, no entanto, não é o que se percebe pela análise comparada das condutas. De fato, com isso, os Estados diligenciam para tentar fazer prevalecer sua possibilidade de impedir a entrada, ignorando a proteção dos direitos humanos, que, desde que começou a ser implantada, retirou a possibilidade de total liberdade do Estado para decidir.

Conforme análise já apresentada nesta tese, durante os últimos anos, a migração se tornou um tema bastante destacado quando se trata da construção de políticas públicas³⁵⁷, sendo, invariavelmente, objeto de controvérsias que envolvem debates do acesso a direitos sociais, critérios de concessão de naturalização, aceitação da nacionalidade plural e convívio multicultural. As decisões que envolvem a migração são tomadas pelos Estados e não por um órgão mundial centralizador das decisões, como acontece no Direito Internacional Público de forma geral, sendo, portanto, necessário analisar as condutas dos Estados de modo isolado.

³⁵⁷ KLUSMEYER, D. B.; ALEINIKOFF, T. A. **From migrants to citizens: citizenship in a changing world**. Washington, D.C: Carnegie Endowment for International Peace, 2000. p. 1.

Analisar como é tomada a decisão de permitir o ingresso do estrangeiro em alguns países do mundo, conforme os parâmetros anteriormente descritos, dá espaço para se testar a existência de violações a direitos humanos neste momento do trabalho, abrindo-se campo para apontamento de possíveis vulnerabilidades enfrentadas pelos migrantes.

Passa-se, assim, à aludida discussão, sempre com o propósito de identificar elementos que possam ser tidos como comprovações ou negações da teoria ora apresentada. A negação, no entanto, pode ser entendida como existência de uma não conformidade naquele sistema, não devendo necessariamente ser entendida como uma objeção completa à teoria.

De fato, a alteração da realidade global, aprofundada após a queda do Muro de Berlim e o incremento das comunicações mundiais, induziu os Estados a discutir mudanças nas suas políticas de admissão, concessão de direitos e encargos para nacionais e estrangeiros.

A admissão de imigrantes de formação cultural e experiências históricas diferentes altera a construção da sociedade em que se inserem e requer um complexo processo de mútua adaptação³⁵⁸; em especial para os Estados tidos como democráticos, seguidores do ideal da atuação com base no Direito - mas não apenas para eles -, a decisão para o ingresso deve respeitar as normas internas e internacionais de proteção dos direitos humanos. A análise da realidade dos vários países, no entanto, demonstra que não há consenso no tocante à compreensão e aplicação das normas de direitos humanos para proteger o solicitante de ingresso.

A escolha dos Estados a serem aqui discutidos procurou garantir a presença de dois elementos: atrativo para migrantes e posição geográfica. O segundo elemento visa trazer um panorama global sobre o tema, não se restringindo a apenas algumas regiões do mundo.

5.1.1 Rússia

Na era pós-soviética, a Rússia está testemunhando grandes movimentos populacionais; na maioria das vezes, movimentos formados por pessoas residentes dos

³⁵⁸ KLUSMEYER, D. B.; ALEINIKOFF, T. A. **From migrants to citizens**: citizenship in a changing world, p. 3.

países da extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). O impedimento de entrada é, dessa forma, raro, pois há previsão, em normas que passaram a vigorar em 1992, de concessão de nacionalidade para os nacionais das repúblicas, o que garantiria o direito de ingresso³⁵⁹. Até 1996, houve abertura para que se fizesse a opção pela nacionalidade russa ou de uma das repúblicas.

No período compreendido entre 1992 e 1998, mais de cinco milhões de pessoas migraram para a Rússia, muitos provenientes dos Balcãs, fugindo das guerras. Segundo dados do governo russo, haveria cerca de 700 mil migrantes ilegais no seu território, provenientes, em sua maioria, do Irã, do Afeganistão e da parte iraquiana do Curdistão, não constando dados sobre as entradas ilegais de pessoas procedentes da China³⁶⁰. As oscilações da economia russa não permitiram que houvesse um aumento significativo da ida de estrangeiros para seu território.

A despeito disso, também na Rússia, a aplicação das normas de direitos humanos no momento do ingresso possui limitações. A decisão do Estado russo envolve menos questões de proteção dos direitos humanos e mais a preocupação econômica, como se verifica na assertiva de que é mais importante o impedimento da entrada de pessoas de países em desenvolvimento, para os russos, do que o controle total das fronteiras russas³⁶¹.

Nota-se, assim, que o olhar não está nas possibilidades internas de efetivação de direitos sociais, mas no país de procedência dos migrantes, o que pode ser tido como afronta à igualdade, na linha do exposto anteriormente.

5.1.2 México

O México é o país em desenvolvimento possuidor da maior fronteira com o país mais desenvolvido no mundo todo: os Estados Unidos. São cerca de 3.000 km de fronteiras que separam dois países com profundas diferenças socioeconômicas. Para se ter uma ideia

³⁵⁹ KLUSMEYER, D. B.; ALEINIKOFF, T. A. **From migrants to citizens**: citizenship in a changing world, p. 181.

³⁶⁰ Ibidem, p. 181.

³⁶¹ Ibidem, loc. cit.

da diferença, nos Estados Unidos, o salário, em média, é de US\$ 18,6 por hora, enquanto no México, o valor é inferior a US\$ 3³⁶².

No caso mexicano, a emigração é fundamental para sustentar grande parcela da sociedade, por se tratar de uma das poucas válvulas de escape para a pobre criação de empregos do país; além disso, o México passou a ser uma parada quase obrigatória daqueles que querem entrar de modo irregular nos Estados Unidos, sendo, também, destino de migrantes da América Central, fundamentalmente da Guatemala, em busca de emprego no próprio México.

Há que se destacar também que a migração para o México é resultado de reunião familiar, em especial nos casos em que os filhos norte-americanos retornam para se unir à família deportada dos Estados Unidos³⁶³.

No que tange às políticas de migração, é relevante verificar que as alterações nos Estados Unidos, pertinentes a questões econômicas, políticas ou militares, refletem-se diretamente no México. Ponto importante na política de migração dos Estados Unidos e que teve consequências no México é a Lei Simpson Rondino, cuja implementação iniciou-se em 1987. Essa Lei deu origem a um amplo programa de regularização de trabalhadores mexicanos nos Estados Unidos.

A exigência de visto norte-americano para aqueles que objetivam entrar no México é um trabalho conjunto dos dois países para combater a migração ilegal; o que, no entanto, vem reportado é que as restrições à entrada nos Estados Unidos passaram a ser feitas no México também³⁶⁴.

Por um curto espaço de tempo, do início de 2000 até os atentados de 2001, a migração entre México e Estados Unidos viveu um período de lua de mel³⁶⁵. Apesar de várias tentativas dos presidentes dos dois países, inclusive uma longa viagem de Vincent Fox pelos Estados Unidos, já em 2001, nada de concreto foi realizado para facilitar a circulação, pois se mostrava clara a resistência do Congresso estadunidense³⁶⁶. O “Muro de la Tortilla” divide Estados Unidos e México e já causou a morte de mais pessoas que o Muro de Berlim.

³⁶² FISCHER-BOLLIN, P. (Ed.). **Migración y políticas sociales en América Latina**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009. p. 201.

³⁶³ Ibidem, p. 209.

³⁶⁴ Ibidem, p. 231.

³⁶⁵ CASTLES, S.; MILLER, M. J. **The age of migration**, p. 8.

³⁶⁶ Ibidem, p. 9.

O caso mexicano é um exemplo de que, no contexto atual, torna-se urgente que os programas de combate a crises econômicas sejam tomados no âmbito global para evitar ou impedir que haja pressão migratória e desequilíbrio no caminho para efetivação dos direitos sociais.

5.1.3 Alemanha

Parte-se, inicialmente, da pergunta sobre se a Alemanha é um país de migração. Olhar para os números de estrangeiros que para lá foram desde 1950 e a porcentagem de estrangeiros residentes na Alemanha, agora, a resposta decerto mostra-se positiva; mas, os fatos são diferentes de como as pessoas os veem³⁶⁷. Por 120 anos, tem sido um tabu chamar a Alemanha de país de migração. Em 2001, quando se iniciaram as tratativas, pelo governo, para definir o âmbito de aplicação da nova lei de migração, o objetivo trazido pelo projeto, de controlar o fluxo migratório, causou o alvoroço dos políticos, que queriam incluir a expressão “restringir imigração”.

A lei faria parte do direito administrativo geral sobre o poder de polícia e seu dever de proteger os cidadãos do perigo. Estrangeiros eram tidos como estranhos e considerados um perigo potencial para a sociedade alemã. Essa maneira de pensar é, desde há mais de um século, profundamente enraizada na lei de imigração alemã³⁶⁸.

É sabido que a Alemanha precisa de migrantes para continuar com a sua população em número não decrescente e por motivos econômicos. De fato, a população da Alemanha, assim como a da maioria dos Estados da Europa Ocidental, está diminuindo a uma taxa sem precedentes. Se a tendência atual continuar, mesmo havendo um saldo migratório positivo de 300 mil imigrantes por ano, a população alemã diminuirá de 82 milhões para 75 milhões de pessoas em 2050³⁶⁹.

A nova lei, que entrou em vigor em janeiro de 2005, tem, assim, a pretensão de realizar a mudança de paradigma do direito da polícia para um novo um modelo, em que se

³⁶⁷ SCHMID-DRUNER, M. Germany's New Immigration Law: A Paradigm Shift. **European Journal of Migration and Law**, v. 8, 2006. p. 193.

³⁶⁸ Ibidem, p. 194.

³⁶⁹ Ibidem, loc. cit.

possa identificar uma lei de imigração de espírito aberto, que responda não só às necessidades de migrantes, mas também às necessidades da Alemanha para uma força de trabalho jovem e qualificada; todavia, não há uma clara identificação das regras relativas ao ingresso, o que traz, mais uma vez, vulnerabilidade àquele que deseja migrar³⁷⁰.

5.1.4 França

Na França, por conta do grande fluxo de migrantes, houve uma tentativa de limitar a imigração fraudulenta, em particular no tocante ao reagrupamento familiar, com a finalidade de controlar a quantidade de migrantes que passavam pelas suas fronteiras. Como medida, a França, por lei, começou a exigir a realização de teste de DNA daqueles que tentavam alcançar a migração para reagrupamento familiar. A regra entrou em vigor no final de 2007.

Sempre que uma criança, na tentativa de entrar na França com o objetivo de procurar se reunir com sua mãe, apresente documentação suspeita, a lei determina a realização de testes de DNA para estabelecer se essa criança tem uma ligação biológica com a pretensa mãe. A exigência de prova de uma ligação biológica entre os membros da família é diametralmente oposta às políticas de reconhecimento da família que se aplicam a cidadãos franceses, as quais enfatizam o estabelecimento de laços sociais, no lugar de ligações genéticas³⁷¹.

A normatização francesa de 2007 viola o direito à vida familiar, nos termos do art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que versa sobre o direito de respeito pela vida privada e familiar. Além disso, a lei cria um padrão duplo de reconhecimento da família de cidadãos franceses e famílias de imigrantes que visam à reunião no país. A lógica da política pública trazida pela lei que exige testes de DNA, por sua vez, está, claramente, em dissonância com a proteção dos direitos humanos, sendo possível concluir que ela poderia prejudicar o ingresso de migrantes na tentativa de reunificação familiar. A

³⁷⁰ SCHMID-DRUNER, M. Germany's New Immigration Law: A Paradigm Shift. **European Journal of Migration and Law**, v. 8, p. 193.

³⁷¹ MURDOCK, D. Whose child is this? Genetic analysis and family reunification immigration in France. 2008. p. 1.505. Disponível em: <http://findarticles.com/p/articles/mi_hb3577/is_5_41/ai_n31117393/>. Acesso em: 5 maio 2010.

solução mostra-se não ser a melhor, pois haveria afastamento dos princípios relativos aos direitos humanos, em especial no tocante à formação da família.

Como se percebe, o ingresso de migrantes na França tem sofrido grandes limitações, o que não pode ser tido como uma política exclusivamente francesa, mas influenciada por condutas da UE. Pode-se notar o caráter de proteção econômica dessas condutas, porém, pelo que demonstra, no caso específico francês, há violação a direitos humanos. Não se quer dizer com isso que não seja possível limitar o ingresso, porém, a forma adotada distancia a França da proteção dos direitos fundamentais.

Sensível é o fato de que a questão econômica não é pensada pelo caminho da efetivação dos direitos humanos ou como uma possível situação de escolha trágica. A violação seria afastada se fosse esse o caminho adotado.

Os países da UE, por conta do Acordo de Schengen, poderiam ser analisados como bloco³⁷²; no entanto, como a decisão de ingresso é do país, não do bloco, mesmo havendo a possibilidade de discussão pelos outros países, optou-se pelo caminho do foco em cada país.

O caso dos refugiados tunisianos, como relatado pela mídia em abril de 2011, colocou França e Itália em posições antagônicas, havendo evidente necessidade de se realizarem novas negociações sobre o tema do ingresso no bloco. De fato, a Itália permitiu a entrada de tunisianos, que, por conta em especial do idioma, querem se estabelecer na França. Como Schengen prevê que o ingresso se dá por um dos países do bloco, tem-se que a França sofrerá as consequências pela decisão de ingresso tomada pela Itália.

5.1.5 Espanha

No que tange à Espanha, a crise econômica coincide com o aumento de restrições a entradas; no entanto, em nenhum dos casos de impedimento de entrada, fica evidenciado que houve a decisão com fundamento na necessidade de efetivação de direitos sociais. O impedimento é feito sem fundamento algum, com base exclusiva na possibilidade do

³⁷² O'NEILL, M. EU cross-border policing provisions, the view from one of the Schengen opt-out states. *European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice*, v. 18, n. 1.

Estado assim agir. A vinculação a tratados internacionais de direitos humanos, no entanto, impede que a decisão seja totalmente livre, porém, conforme observado, ela não fica impedida por esses tratados. A fundamentação exige, então, que sejam levados em conta os tratados internacionais específicos.

Fato marcante na história recente da Espanha, os ataques terroristas ocorridos em 11 de março de 2004, em Madri, foram um dos acontecimentos mais traumáticos para o país, causando profunda influência na política interna, bem como na determinação da estratégia de sua política externa e de segurança. Em muitos setores, foi criado um clima negativo para a aceitação e integração de imigrantes de Marrocos, tendo em conta que a maioria das pessoas detidas e levadas a julgamento são provenientes desse país, mas residiam na Espanha³⁷³.

Se, no entanto, no 11 de março os ataques terroristas são um importante fator contrário à integração de migrantes na Espanha, deve-se entender que não constituem autorização para violação de direitos humanos, apesar da destacável posição de Agamben³⁷⁴ relativa à possibilidade do Estado de Exceção. É possível, então, perceber os problemas gerais aplicáveis a todos os grupos de imigrantes que vivem na Espanha, incluindo marroquinos.

De acordo com Marrero Rocha³⁷⁵, existe ainda uma desigualdade de tratamento em relação aos imigrantes marroquinos, em particular no tocante a questões de ordem social, racial e religiosa deles³⁷⁶, o que, por si só, já seria um caso de violação inaceitável. Para mostrar esse tratamento desigual dos imigrantes marroquinos em comparação com outros grupos de imigrantes, destacam-se os seguintes exemplos: racismo específico e os ataques xenófobos contra os marroquinos na Espanha, a discriminação no emprego contra marroquinos e as declarações institucionais que afetam de modo negativo os marroquinos. É relevante anotar que essa discriminação se aplica também no momento do ingresso³⁷⁷.

³⁷³ MARRERO ROCHA, I. The Implications of Spanish-Moroccan Governmental Relations for Moroccan Immigrants in Spain Spanish-Moroccan Governmental Relations and Moroccan Immigrants. **European Journal of Migration and Law**, v. 7, p. 413-434. DOI: 10.1163/157181605776293228, 2006. p. 415.

³⁷⁴ AGAMBEN, G. **Homo sacer**. Torino: G. Einaudi, 2007. p. 111.

³⁷⁵ MARRERO ROCHA, I., op. cit.

³⁷⁶ RUBIO CARRACEDO, J. ROSALES, J. M.; TOSCANO MÉNDEZ, M. **Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos**, p. 133.

³⁷⁷ MARRERO ROCHA, I., op. cit., p. 421.

5.1.6 Estados Unidos da América

A permissão de ingresso nos Estados Unidos sofreu uma mudança profunda após os atentados de 11 de setembro de 2001. O mesmo aconteceu com vários setores, porém, no que tange em específico à migração, a ligação entre os atos terroristas e os estrangeiros fez que a migração para esse país se tornasse mais complicada.

Também a recente crise econômica, que assolou o país e o mundo no final de 2008, fez que os americanos dirigissem suas preocupações para as oportunidades de trabalho internas e, por consequência, para os migrantes e seus descendentes. A legislação recente do Arizona, que criminaliza a migração ilegal, é claro resultado dessa preocupação.

A migração dos requerentes de asilo político nos Estados Unidos tem sido, também, um tema proeminente político; no entanto, há ainda que se analisar esse processo na íntegra e no contexto de mudanças políticas desde o 11 de Setembro de 2001. O que se observa é que os interesses humanitários e estratégicos são importantes para as decisões tomadas pelos agentes de asilo, havendo também a participação do Judiciário nesses casos. Pode-se notar, porém, a existência de um declínio da importância dos direitos humanos, que é mais pronunciado para os agentes de asilo do que para os juízes de imigração depois do ataque ao World Trade Center³⁷⁸. Segundo Rottman, Fariss e Poe,³⁷⁹ o idioma, especificamente para os requerentes de asilo de países de língua inglesa, espanhola e árabe, afeta substancialmente as taxas de aceitação pelos tomadores de decisão, conforme identificado no período de 2001 a 2004.

Em 1980, é editada a lei aplicável aos refugiados, que serve para lançar os fundamentos para o processo de pedido nos moldes atuais. Segundo essa lei, qualquer estrangeiro nos Estados Unidos pode apresentar seu pedido de refúgio, o que fez que esse país passasse a ter normas internas equivalentes ao regimento internacional sobre o tema, especificamente no que alude ao Estatuto dos Refugiados. Antes da aprovação de lei a esse respeito nos Estados Unidos, eles eram definidos por critérios geográficos ou políticos, com a maioria deles originários de países comunistas ou do Oriente Médio.

Em 2005, a Comissão estadunidense sobre Liberdade Religiosa Internacional, de cunho bipartidário federal, expressou preocupação de que, nesse país, vários daqueles que

³⁷⁸ ROTTMAN, A. J.; FARISS, C. J.; POE, S. C. The path to Asylum in the US and the determinants for who gets in and why. *International Migration Review*, v. 43, n. 1, p. 3-34, 2009. p. 4.

³⁷⁹ Ibidem, p. 10.

procuravam refúgio passavam a ser indevidamente processados para serem deportados ou expulsos, não havendo a proteção dos direitos garantidos aos que pleiteiam esse *status*. Em 7 de fevereiro de 2007, a Comissão retomou o assunto, publicando resultados que não foram tidos como surpresa para os observadores cuidadosos do processo de asilo político e refúgio nos Estados Unidos.

Esse país, então, passou a adotar um padrão neutro para a aceitação dos refugiados e requerentes de asilo, independentemente do país de origem, e também criou uma política em que não há possibilidade de óbice ao ingresso, o que impede a expulsão de um refugiado para um país em que a vida ou a liberdade do repatriado seriam ameaçadas³⁸⁰. As reformas adicionais, promulgadas em meados de 1990, simplificaram o processo de pedido de refúgio e, a partir daí, na grande maioria das situações de negativa de refúgio determinada por funcionários, os casos são automaticamente enviados ao tribunal de imigração para revisão.

Com a adoção e implementação da Convenção das Nações Unidas sobre a Tortura, de 1984, os funcionários passaram a analisar os casos de potenciais requerentes de refúgio – ou seja, quaisquer imigrantes ilegais, sem a devida documentação. Este exame é realizado para determinar se há possibilidade do requerente sofrer tortura, o que exigiria um cuidado maior e levaria ao deferimento do pedido. Até o final da década de 1990, os Estados Unidos demonstravam estar mais comprometidos com a proteção das pessoas que fossem enquadradas como aquelas com um receio fundado de perseguição ou tortura.

Mais recentemente, porém, após os ataques de 11 de setembro de 2001, terroristas trouxeram alterações substanciais ao processo de refúgio, colocando maior ênfase na segurança interna e fiscalização das fronteiras. Essa mudança tem ofuscado o compromisso dos Estados Unidos para proteger os requerentes de refúgio, que são alvo de perseguição no exterior. As mudanças mais significativas no processo de refúgio, a partir do 11 de Setembro, nascem do Ato Patriota³⁸¹. Antes dele, os indivíduos poderiam ter negado o refúgio com base em uma história de terrorismo, no entanto, expandiu-se o aspecto para incluir indivíduos envolvidos em “atividades relativas a terroristas”, além de haver

³⁸⁰ ROCHA, J. C. de C. et al. **Direitos Humanos: desafios humanitários contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados** (Lei n. 9.474 de 22 de julho de 1997), p. 95.

³⁸¹ ROTTMAN, A. J.; FARISS, C. J.; POE, S. C. The path to asylum in the US and the determinants for who gets in and why. **International Migration Review**, v. 43, n. 1, p. 7.

possibilidade de relação com pessoas que se têm associado à organização terrorista. Essas disposições foram tidas como retrocessos por setores da doutrina desse país³⁸².

O muro construído entre Estados Unidos e México também pode ser identificado como um grande retrocesso no tocante à relação com estrangeiros. Em nenhum instante, porém, a política estadunidense mais recente no que tange ao ingresso de estrangeiros, pelo menos não de maneira explícita, faz referência a não ingresso por haver recursos escassos para alcançar a proteção de direitos internamente. É possível, conforme já observado neste estudo, verificar a existência de restrições específicas a determinados grupos, como foi o caso dos chineses, porém, nada que possa ser considerado uma lógica plausível de relação entre universalidade e impedimento de ingresso.

Em linhas gerais, os estrangeiros, assim como acontece na maioria dos países do mundo, não possuem o direito de ingresso. Para que possam, no entanto, pleitear o ingresso, devem atender a níveis de admissibilidade, conforme estabelecido na lei interna de imigração³⁸³. O preenchimento desses níveis, no entanto, segundo Weissbrodt e Danielson,³⁸⁴ não garante a entrada – o que demonstra com clareza que a opção estadunidense é pela liberdade total decisória do Estado.

5.1.7 Austrália e Nova Zelândia

Estudam-se em conjunto esses dois países por conta das semelhanças e vinculações entre eles, o que se construiu por toda uma história de nascedouro comum e de proximidade geográfica. No que alude à circulação de pessoas pelo mundo, a migração internacional tem um efeito significativo sobre o ambiente político, social e econômico, tanto da Nova Zelândia quanto da Austrália³⁸⁵. Assim como Estados Unidos e Canadá, Nova Zelândia e Austrália são em geral vistos como não desconectados de sua situação de

³⁸² ROTTMAN, A. J.; FARISS, C. J.; POE, S. C. The path to asylum in the US and the determinants for who gets in and why. **International Migration Review**, v. 43, n. 1, p. 8.

³⁸³ Cf. WEISSBRODT, D. S.; DANIELSON, L. **Immigration Law and Procedure in a Nutshell**, p. 208.

³⁸⁴ Ibidem, p. 210.

³⁸⁵ CASTLES, S.; MILLER, M. J. **The age of migration**, p. 49.

colônias, ao menos no que se refere à população, por conta da maior parte de sua parcela atual ser resultante da migração de colonos ao longo dos últimos 200 anos³⁸⁶.

A parcela permanente de migração de colonos é responsável por uma parte importante do crescimento da população da Austrália e tem sido o foco de quase todos os debates públicos sobre a política de migração; no entanto, nas últimas décadas, podem ser visualizadas mudanças dramáticas nos padrões de mobilidade global também nessa região. Os fluxos migratórios voltaram-se com mais intensidade para estadas temporárias, e não para assentamentos permanentes. Melhorias nos transportes e na tecnologia das comunicações não só tornaram mais fáceis e mais acessíveis as viagens entre os países, como também facilitaram o contato com amigos e parentes em casa, ampliando a difusão do conhecimento sobre as condições e oportunidades em outros lugares, o que abre espaço para que se procure alcançar novas oportunidades quase de forma constante.

A globalização promoveu maior integração entre os países, aumentando as chances de viagens de trabalho. Os mercados de trabalho têm se tornado mais internacionalizados. A transição demográfica e a escassez de trabalho em alguns países resultaram no aumento da migração de trabalhadores para preencher as lacunas, e os governos, em especial dessa região, têm reagido mediante a oferta de mais oportunidades para a imigração temporária. A política de migração da Austrália, na maior parte da segunda metade do século XX, fez que os pedidos de trabalhadores fossem rejeitados em favor da migração temporária. Desde meados da década de 1990, esse panorama mudou, tendo sido criada uma série de categorias de vistos, sendo introduzidas novas modalidades, destinadas a atrair residentes temporários para trabalho, negócios e estudos³⁸⁷.

Apesar do crescente reconhecimento da importância da migração e de a mobilidade internacional ser recorrente, a imprensa popular e a retórica política em torno dela, tanto na Nova Zelândia quanto na Austrália, continuam firmemente enraizadas na suposição de que a migração representa uma perda permanente para a economia nacional e para a sociedade. A mídia retrata a migração da Nova Zelândia como sendo o sintoma de uma economia assombrada por um vizinho maior, mais próspero, fator que contribui para esse mal-estar econômico relativo. A migração também é retratada como uma saída de habilidades e

³⁸⁶ KHOO, S.-E.; HUGO, G.; MCDONALD, P. Which Skilled Temporary Migrants Become Permanent Residents and Why? *International Migration Review*, v. 42, n. 1, p. 193-226. DOI: 10.1111/j.1747-7379.2007.00118.x, 2008. p. 255.

³⁸⁷ SANDERSON, L. International mobility of new migrants to Australia. *International Migration Review*, v. 43, n. 2, p. 292-331, DOI: 10.1111/j.1747-7379.2009.00766.x, 2009. p. 293.

talentos (fuga de cérebros), que são depois perdidos pela economia da Nova Zelândia. Essas contas, no entanto, tendem a ignorar as possibilidades de que muitos migrantes retornem mais tarde, talvez trazendo com eles novas habilidades ou ativos que adquiriram no exterior ou que os migrantes podem manter valiosas ligações pessoais e econômicas para a Nova Zelândia, mesmo morando no exterior³⁸⁸.

A região em que se situam os dois países, a Ásia-Pacífico, é uma fonte significativa de migração temporária qualificada para a Austrália. Há tendências recentes da migração temporária de indivíduos qualificados provenientes de países dessa região para a Austrália. Ao se compararem esses migrantes com os provenientes de outras regiões, nota-se que há uma seletividade nessas permissões, que escolhem apenas os mais preparados. Elas são seletivas com base em determinadas características pessoais e capital humano^{389,390}.

5.1.8 Japão

Mais da metade da população mundial vive na região da Ásia voltada para o Pacífico. No ano 2000, a Ásia recebia em seu território 53 milhões dos 191 milhões de imigrantes do mundo³⁹¹. Essa região engloba também os países do subcontinente indiano, além do Japão, que tem peso econômico relevante global.

Nos anos de 1970 e 1980, a migração internacional de pessoas vindas dessa região aumentou em excesso. Os principais destinos eram América do Norte, Austrália e as potências petrolíferas do Oriente Médio. A partir da década de 1990, no entanto, o maior fluxo se deu entre os países da região, em especial originados em países com grande número de pessoas sem trabalho para aqueles que estavam em vias de industrialização³⁹².

³⁸⁸ SANDERSON, L. International Mobility of New Migrants to Australia. **International Migration Review**, v. 43, n. 2.

³⁸⁹ KHOO, S.-E. Sponsorship of relatives for migration and immigrant settlement intention. **International Migration**, v. 41, n. 5, p. 177-199. DOI: 10.1111/j.0020-7985.2003.00265.x, 2003.

³⁹⁰ KHOO, S.-E. et al. A global labor market: factors motivating the sponsorship and temporary migration of skilled workers to Australia. **International Migration Review**, v. 41, n. 2, p. 480-510. DOI: 10.1111/j.1747-7379.2007.00076.x, 2007.

³⁹¹ CASTLES, S.; MILLER, M. J. **The age of migration**, p. 125.

³⁹² ALEINIKOFF, T. A. **Citizenship policies for an age of migration**, p. 27.

A migração na Ásia, no entanto, não é um evento novo. Os movimentos migratórios que de lá partiram podem ser vistos como importantes para a formação da Europa, além de ter o fluxo de chineses influenciado em todo o sul da Ásia³⁹³.

A migração na região ficou, todavia, limitada no início do século XX, em particular por conta de políticas restritivas dos países e por decorrência do domínio colonial, que impedia maior mobilidade das pessoas na região³⁹⁴.

Apesar dessas restrições, é possível se verificarem movimentos pontuais. Entre 1921 e 1941, o Japão recrutou 40 mil trabalhadores da Coreia, que era sua colônia, à época. Durante a Segunda Guerra Mundial, houve o deslocamento forçado de pessoas realizado pelo Japão³⁹⁵.

Na China também houve grande movimentação, que provocou o deslocamento de quase 25 milhões de pessoas na região da Manchúria – o que se repetiu nas violentas transferências em massa de pessoas (muçulmanos, hindus e *sikhs*), em 1947, na região da Índia e do Paquistão, dada a independência indiana. A região sofreu os impactos da Guerra do Vietnã, nas décadas de 1960 e 1970³⁹⁶.

Os movimentos de saída da região se incrementaram a partir da década de 1960, em particular por conta da revogação de normas que impediam a entrada de asiáticos em vários países, como Canadá, Estados Unidos e Austrália, que, de 1962 a 1976, extinguiram essas normas³⁹⁷. Nesse período houve uma grande fuga de cérebros, em especial do Japão³⁹⁸.

Na parte mais oriental da Ásia, o crescimento econômico bastante rápido, o declínio do crescimento populacional, assim como o envelhecimento da população e o aumento da migração de não documentados fizeram surgir graves contradições, que eram mais

³⁹³ CASTLES, S.; MILLER, M. J. **The age of migration**, p. 126.

³⁹⁴ DOUGLASS, M.; ROBERTS, G. S. **Japan and global migration: foreign workers and the advent of a multicultural society**. University of Hawaii Press, 2003. p. 46.

³⁹⁵ SKELDON, R. International migration within and from the East and Southeast Asian region: a review essay. **Asian and Pacific Migration Journal: APMJ**, v. 1, n. 1, p. 19-63, 1992.

³⁹⁶ Idem. Trafficking: a perspective from Asia. **International Migration**, v. 38, n. 3, p. 7-30. DOI: 10.1111/1468-2435.00113, 2000.

³⁹⁷ CASTLES, S.; MILLER, M. J., op. cit., p. 126.

³⁹⁸ Cf. SKELDON, R. Migration and poverty. **Asia Pacific Population Journal**, v. 17, n. 4, p. 67-82, 2002. p. 73): “The so-called ‘brain drain’ argument is difficult to sustain at the macrolevel in East Asia. Tens of thousands of students left Japan; the Republic of Korea; Taiwan Province of China; and Hong Kong, China for study overseas from the 1960s at precisely the time that these economies began to grow rapidly (Skeldon, 1997a:108-115). It is difficult to see that these economies could have grown even faster than they did if the students had stayed home. Over time, increasing numbers returned and there clearly was a ‘brain gain’ rather than a brain drain in these economies.”

evidentes no Japão³⁹⁹, mas também identificáveis na Coreia, em Hong Kong, em Taiwan e na China.

O Japão experimentou uma grande quantidade variada de trabalhos migrantes, desde meados da década de 1980. A população estrangeira desse país cresceu a partir daí, subindo de 817 mil, em 1983, para 2 milhões, em 2005, segundo dados do relatório de 2007 da OCDE.

Quase 40% são residentes permanentes, índice formado, na grande maioria, por descendentes de coreanos, que foram levados, parte de modo forçado, durante a Segunda Guerra Mundial. Em 2005, havia 599 mil coreanos no Japão. Outros grandes grupos são formados pelos chineses (520 mil), brasileiros (302 mil), filipinos (187 mil) e peruanos (58 mil)⁴⁰⁰.

Apesar da grande importância da migração na formação da população japonesa, o governo do país mantém políticas públicas de restrição de permissões para permanência de estrangeiros. De fato, o governo japonês, com políticas declaradas e com atitudes, procura manter distantes os migrantes, evitando autorizações para permanência definitiva, o que, segundo Castles e Miller⁴⁰¹, teria como fundamento o medo de haver a miscigenação de maneira mais profunda, o que poderia trazer a perda de homogeneidade étnica do povo nipônico.

Apesar dos acontecidos no período anterior à Segunda Guerra Mundial, quando trouxe trabalhadores de outros países, o Japão é citado com recorrência como o único país desenvolvido que não se utiliza do trabalho de migrantes durante os períodos de alto crescimento econômico, pois se entende que a homogeneidade⁴⁰² étnica e cultural foram determinantes para a reestruturação e o desenvolvimento econômico do Pós-Guerra⁴⁰³.

Em face da importância da homogeneidade para os japoneses, esses fatores culturais podem ser base para o entendimento da concessão de cidadania e das políticas de migração do país. A opção pelo princípio do *jus sanguinis*, que enfatiza os vínculos de parentesco para concessão da nacionalidade originária, e os regramentos rígidos para a naturalização, nacionalidade derivada, são decorrências da propalada homogeneidade.

³⁹⁹ CASTLES, S.; MILLER, M. J. **The age of migration**, p. 136.

⁴⁰⁰ Ibidem, p. 326.

⁴⁰¹ Ibidem, loc. cit.

⁴⁰² Sobre o tema da homogeneidade étnica no Japão, cf. MacDONALD, G. Diversity in Japanese culture and language. **Journal of Japanese Studies**, v. 23, n. 1, p. 230-234, Winter, 1997.

⁴⁰³ KLUSMEYER, D. B.; ALENIKOFF, T. A. **From migrants to citizens: citizenship in a changing world**, p. 436.

Reduzir as políticas japonesas de concessão de nacionalidade a fatores culturais, de toda sorte, reforça a peculiaridade do sistema desse país. Por conta de seguir as regras que determinam a concessão com base no *jus sanguinis*, o Japão acaba seguindo as políticas de cidadania dos países da Europa Ocidental, que possuem a mesma inclinação para regras de concessão de nacionalidade⁴⁰⁴.

Segundo Kashiwazaki⁴⁰⁵, não é possível identificar uma política coerente que possa ser chamada de política japonesa para concessão de cidadania e para migração; no entanto, no lugar de uma política única pré-determinada, é possível encontrar um emaranhado de regulamentos, práticas administrativas e leis que, em conjunto, podem demonstrar a existência de elementos caracterizadores da conduta do Japão acerca desses temas. São citadas cinco características marcantes da atuação nipônica no que diz respeito à concessão de nacionalidade e regras sobre migração⁴⁰⁶: 1. adoção do *jus sanguinis* para transmissão de nacionalidade; 2. rígido controle de fronteira; 3. regras rígidas para naturalização; 4. relação profunda entre registro familiar e concessão da nacionalidade; e 5. acesso restrito à situação de estrangeiro com residência permanente no país⁴⁰⁷.

No que alude ao controle rígido de fronteiras no Japão, uma característica de destaque e que interessa mais diretamente à investigação sobre direito de ingresso, é necessário assinalar que o Japão não é um país de imigrantes, assim como acontece na maioria dos países europeus, um grupo de nativos iniciou a construção da nação, ou seja, o Estado foi construído por um povo radicado no local por séculos.

Durante o período Tokugawa (1603 a 1867), o governo impôs uma política de exclusão de migrantes⁴⁰⁸. Por conta disso, o controle rígido das fronteiras japonesas, como feito hoje, é tido como uma continuação das atitudes tomadas pelo governo no período Tokugawa; no entanto, é necessário ressaltar que o Japão recebeu trabalhadores migrantes na década de 1980.

O governo japonês atua, apesar disso, explicitamente no sentido de não aceitar o ingresso de pessoas com objetivo de fixação permanente. Segundo Kashiwazaki⁴⁰⁹, a

⁴⁰⁴ ALEINIKOFF, T. A.; KLUSMEYER, D. B. **Citizenship today**: global perspectives and practices, p. 445.

⁴⁰⁵ Cf. KLUSMEYER, D. B.; ALEINIKOFF, T. A. **From migrants to citizens**: citizenship in a changing world, p. 437.

⁴⁰⁶ Ibidem, loc. cit.

⁴⁰⁷ Ibidem, loc. cit.

⁴⁰⁸ Ibidem, loc. cit.

⁴⁰⁹ KASHIWAZAKI, C. Citizenship in Japan: legal practice and contemporary development. In: KLUSMEYER, D. B.; ALEINIKOFF, T. A., op. cit, p. 437.

existência de grupos étnicos minoritários era tida como indesejável, em particular na década de 1950, pois atacaria a manutenção da ordem social e a segurança pública.

O então Ministro da Justiça do Japão, na década de 1950, demonstrou, em publicação oficial, como se entendia o controle de migração para os interesses nacionais do país⁴¹⁰, nos seguintes termos:

“Desde que o Japão é um dos mais densamente ocupados do mundo, políticas de controle tanto do crescimento populacional quanto da imigração são exigidos. Deve ser uma política de governo severamente restritiva à entrada de estrangeiros no Japão. Isso tudo por haver estrangeiros indesejáveis que ameaçam as vidas dos nacionais japoneses com atividades criminosas e condutas imorais.”

De fato, hoje, a declaração reproduzida deveria ser rechaçada pelo ordenamento jurídico internacional, por carregar de forma explícita um mecanismo discriminatório.

É oportuno também destacar que o fluxo de saída de brasileiros para o Japão, a partir da década de 1980, em especial, pode ser considerado uma consequência da situação econômica enfrentada pelos países do chamado Terceiro Mundo, entre eles, o Brasil.

Para Ninomiya⁴¹¹, o “fator econômico foi preponderante para a ida de brasileiros ao Japão, como aponta pesquisa realizada pelo Centro de Assistência de Empregos para Nikkeis: das quatro razões que teriam motivado a ida ao Japão, três delas se relacionam aos aspectos econômico-financeiros”.

Segundo apontam esses autores, além dos fatores econômicos, haveria fatores jurídicos (relativos a alterações legislativas que facilitaram o ingresso de trabalhadores não qualificados) e fatores socioétnico-culturais (relacionados ao fato de que o fluxo de migrantes brasileiros para o Japão era formado por descendentes de japoneses que para o Brasil vieram em tempos anteriores).

Deve-se salientar que o ingresso no Japão foi facilitado por alterações legais, concretizadas no final da década de 1980 e início dos anos 1990. De acordo com Ninomiya⁴¹², a alteração foi crucial para o deslocamento de brasileiros para o Japão.

⁴¹⁰ KASHIWAZAKI, C. Citizenship in Japan: legal practice and contemporary development. In: KLUSMEYER, D. B.; ALEINIKOFF, T. A. **From migrants to citizens: citizenship in a changing world**, p. 437.

⁴¹¹ NINOMIYA, M. **Os trabalhadores brasileiros no Japão**. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 285.

⁴¹² Ibidem, p. 289: “A Lei de Controle de Imigração e de Refugiados só permite a entrada de pessoas conforme algumas categorias especificadas: diplomatas, funcionários governamentais, professores, artistas, religiosos, jornalistas investidores, engenheiros, pesquisadores, estudantes, dentre outros, não sendo incluída a categoria de pessoas que vão realizar trabalhos monofuncionais, não-qualificados. Entretanto, uma reforma na referida lei, ocorrida em 1989, cuja entrada em vigor foi em 1990, criou um *status* de residentes por longo

Segundo ele, a Lei de Controle de Imigração e de Refugiados autoriza a entrada apenas de pessoas de algumas categorias especificadas, tais como diplomatas, funcionários governamentais, professores, artistas, religiosos, jornalistas investidores, engenheiros, pesquisadores, estudantes. Devendo ser notada a exclusão de pessoas que vão realizar trabalhos monofuncionais, não-qualificados.

Houve, no entanto, uma reforma na lei, em 1989, para criar uma categoria de residentes por longo período para os descendentes de japoneses de 2ª e 3ª gerações, chamados de *nissei* e *sansei*. Abrindo-se espaço para que eles realizem qualquer tipo de trabalho.

É importante também ressaltar que, segundo Miyoshi⁴¹³, a chamada permissão de desembarque no Japão pode ser entendida como permissão de ingresso no território japonês.

5.1.9 Brasil

O Brasil, por ter aumentado sua importância econômica mundial nas últimas décadas, tem recebido muitos migrantes, em especial aqueles provenientes de países da América do Sul. Nesse período de incremento de fluxo migratório continental para o Brasil, é possível identificar uma política migratória incentivadora, pois, com frequência, são editadas normas que permitem a regularização daqueles que aqui buscam seu destino. A grande extensão da fronteira terrestre brasileira exige que o Brasil desenvolva uma política pública de ingresso de estrangeiros, pois a geografia expõe o País a ingresso constante de estrangeiros.

Na história do Brasil, são destacados dois grandes momentos migratórios internacionais. O primeiro é o chamado período clássico e o segundo, tido como o período

período para os descendentes de japoneses de 2ª e 3ª gerações, os *nissei* e *sansei*. Esse visto é concedido por três anos para o *nissei* e por um ano para o *sansei*, renováveis pelo mesmo período, e não contém restrições das atividades que podem realizar. Portanto, sob esse manto, os descendentes de japoneses e seus respectivos cônjuges realizam qualquer tipo de trabalho, incluindo monofuncionais.”

⁴¹³ MIYOSHI, T. **Manual da Lei de Imigração Japonesa**: conhecimentos básicos sobre a entrada e a permanência no Japão. São Paulo: Estação Liberdade, 1993. p. 73.

recente de migração⁴¹⁴. Nesse último, o movimento não foi apenas de pessoas se deslocando para o Brasil, como ocorreu no primeiro, mas inclui também pessoas que saíam do país.

Lopes⁴¹⁵ salienta que, no entanto, os fluxos migratórios para o Brasil começaram muito antes de 1870, nos seguintes termos: “A história do Brasil pode ser contada a partir das migrações. A primeira grande ‘migração’ foi realizada pelos nativos que aqui viviam quando do ‘descobrimento’, e remonta a época pré-histórica.”.

Esclareça-se que, para os objetivos do presente trabalho, considera-se como marco do primeiro período o ano de 1870 e que se prolonga por cerca de 100 anos. É nesse intervalo que o Brasil passa a ser considerado um país receptor de estrangeiros. Muito contribui para isso a grande migração da Europa, na qual mais de 60 milhões de pessoas deixam o continente em direção a outras partes do mundo, inclusive o Brasil, que recebe, até o final da Primeira Guerra Mundial, cerca de 5 milhões de pessoas⁴¹⁶.

O fluxo de pessoas vindas da África para o Brasil não pode ser desconsiderado, tendo clara vinculação com o período em que existia a escravidão no País. Lopes⁴¹⁷ adverte que é discutível chamar a vinda de africanos para o Brasil nesse período de migração, pois “os negros somente vieram para cá porque foram capturados e presos”, estimando que “quase 5 milhões de africanos foram trazidos para o Brasil como escravos”.

O maior fluxo global de pessoas ocorreu entre 1850 e 1950, e o Brasil sofreu as consequências desses deslocamentos um pouco tardiamente, o que pode ser constatado quando se olha para os demais países do mundo, pois ganhou força apenas no meio da segunda metade do século XIX. Esses deslocamentos se estenderam por alguns anos após o auge global, tendo em vista que o Brasil recebeu grande fluxo de migrantes também após a Segunda Guerra Mundial. A ditadura militar, na década de 1970, e a crise econômica, na década de 1980, fizeram o fluxo de migração para o Brasil cair em excesso, permitindo que fosse dito que a população brasileira teria já alcançado estabilidade⁴¹⁸.

Segundo o Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Emigração, entre 1985 e 1987, cerca de 1,2 milhão de brasileiros saíram do país para

⁴¹⁴ FISCHER-BOLLIN, P. (Ed.). **Migración y políticas sociales en América Latina**, p. 60.

⁴¹⁵ LOPES, C. M. S. **Direito de imigração: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009. p. 275.

⁴¹⁶ FISCHER-BOLLIN, P. (Ed.), op. cit., p. 60.

⁴¹⁷ LOPES, C. M. S., op. cit.

⁴¹⁸ FIESS, N. M.; VERNER, D. Migration and Human Capital in Brazil During the 1990s. **SSRN eLibrary**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=636455>. Acesso em: 2 abr. 2011.

buscar melhores oportunidades em outros Estados. O número de brasileiros residentes no exterior foi estimado em 1,8 milhão em 1995; tendo aumentado para 2,6 milhões em 2005. Nasceram comunidades brasileiras nos Estados Unidos, no Japão e em alguns países da América do Sul e da Europa Ocidental. Nota-se, pela leitura do relatório, que a migração ultrapassou a esfera regional.

É possível também se verificar que houve uma diversificação de origem, não somente de destinos. Para melhor entender, é oportuno dizer que, em 2006, além de Minas Gerais, outros estados já constituíam regiões de origem de migrantes: Espírito Santo, São Paulo, Mato Grosso do Sul, Santa Catarina, Paraná, Goiás e Rondônia. Essa quantidade de brasileiros no exterior causou um aumento no fluxo de remessa de dinheiro ao Brasil. Os valores estimados pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BIRD – ou Banco Mundial) para 2005 situaram-se em torno de US\$ 6,4 bilhões.

Para se adaptar a essa mudança de perfil, em 2007, o Ministério das Relações Exteriores implantou a Subsecretaria-Geral das Comunidades Brasileiras no Exterior.

De fato, o Brasil é um país de migrantes. No período de 1820 a 1970, o Brasil recebeu 9% do total de migrantes do mundo⁴¹⁹. Em finais do século XX⁴²⁰, 40% da população seria formada por quem saiu de seu local de origem para procurar melhoria de condições econômicas de vida em outros lugares, sendo o Nordeste do País identificado como o principal foco de origem desses emigrantes⁴²¹.

A relação que a sociedade do Centro-Sul brasileiro tem com os migrantes nordestinos mostra-se como uma possível antecipação do que pode acontecer com os migrantes estrangeiros que começarem, nesse novo momento, a chegar ao País com maior frequência, em especial após o incremento da expansão econômica⁴²².

Patarra⁴²³ chama a atenção para a grande importância de se considerar o cenário em que aconteceu a luta, os compromissos internacionais assumidos para a efetivação dos

⁴¹⁹ Cf. FISCHER-BOLLIN, P. (Ed.). *Migracion y políticas sociales en América Latina*, p. 61.

⁴²⁰ FIESS, N. M.; VERNER, D. *Migration and human capital in Brazil during the 1990s*. SSRN eLibrary. 2003. p. 2. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=636455>. Acesso em: 2 abr. 2011.

⁴²¹ Ibidem, p. 7.

⁴²² Ibidem, p. 8.

⁴²³ De acordo com Patarra: “é extremamente importante considerar o contexto de luta e compromissos internacionais assumidos em prol da ampliação e efetivação dos Direitos Humanos dos migrantes. É preciso reconhecer o novo, difícil e conflitivo papel dos Estados Nacionais e das políticas sociais em relação aos processos internacionais e internos de distribuição da população no espaço – cada vez mais desigual e excludente. Há que se tomar em conta as tensões entre os níveis de ação internacional, nacional e local. É de fundamental importância considerar que os movimentos migratórios internacionais constituem a

direitos humanos dos estrangeiros migrantes, devendo ser reconhecido o papel dos Estados e as políticas sociais que merecem ser aplicadas aos processos nacionais e internacionais, especialmente relativos à distribuição de pessoas pelo globo.

De acordo com Patarra⁴²⁴, é possível se elaborar um resumo para se ter uma visão clara sobre os “pontos que permanecem como contribuições imprescindíveis para o debate”, pois, destacando os principais, (1) o Brasil passa a fazer parte da reestruturação produtiva internacional, refletindo no emprego e no que se chama de “nova questão social”; (2) por conta das crises econômicas, especialmente as enfrentadas a partir da década de 80, a circulação pelo mundo passou a ser necessária para o enfrentamento dos novos desafios trazidos pela globalização; e (3) a circulação de capital, tendo como destino ou origem o Brasil, passou a ser relevante.

A situação menos favorável de vizinhos da América do Sul, no entanto, tem colocado o Brasil em um novo desafio, em particular quando a questão envolve assistência social e direito à saúde.

Segundo Nogueira, Dal Prá e Fermiano⁴²⁵, ao realizar pesquisa sobre a situação do direito à saúde nos hospitais brasileiros próximos às fronteiras do País com os países do Mercosul, é possível identificar, como forma de alerta, que há um aumento de custos financeiros para os municípios, por conta do atendimento a não residentes.

E continuam os autores⁴²⁶, ao fazerem alusão às respostas da pesquisa, afirmando que parte delas é contrária à concessão do direito à saúde ao estrangeiro com fundamento

contrapartida da reestruturação territorial planetária – que, por sua vez, está intrinsecamente relacionada à reestruturação econômico-produtiva em escala global.” (PATARRA, N. L. Migrações internacionais de e para o Brasil contemporâneo: volumes, fluxos, significados e políticas. **São Paulo em Perspectiva**, v. 19, n. 3. DOI: 10.1590/S0102-88392005000300002, 2005. p. 23.)

⁴²⁴ PATARRA, N. L. Migrações internacionais de e para o Brasil contemporâneo: volumes, fluxos, significados e políticas. **São Paulo em Perspectiva**, v. 19, n. 3, p. 25.

⁴²⁵ NOGUEIRA, V. M. R.; DAL PRÁ, K.; FERMIANO, S. A diversidade ética e política na garantia e fruição do direito à saúde nos municípios brasileiros da linha da fronteira Mercosul. **Cad. Saúde Pública**, v. 23, suppl. 2, p. S227-S236, 2007. p. 228: “[...] peso causado aos municípios para arcar com os custos financeiros dos atendimentos aos usuários não residentes, sendo esse o fator primordial para a negação do direito. A orientação de não atendimento por parte dos gestores foi uma das respostas explicativas para a não garantia dos direitos por apenas 3% dos respondentes”.

⁴²⁶ Ibidem, p. 232. Segundo os doutrinadores em comento: “Parte das respostas contrárias à garantia do direito ao usuário não brasileiro é motivada por uma insuficiência do próprio sistema, que não atende, também, os brasileiros de forma satisfatória. Assim, parece não estar em jogo o fato de a pessoa ser estrangeira, mas essencialmente a debilidade das políticas de saúde brasileiras. Alertam para o peso causado aos municípios para arcar com os custos financeiros dos atendimentos aos usuários não residentes, sendo esse o fator primordial para a negação do direito. A orientação de não atendimento por parte dos gestores foi uma das respostas explicativas para a não garantia dos direitos por apenas 3% dos respondentes. Parte das respostas contrárias à garantia do direito ao usuário não brasileiro é motivada por uma insuficiência do próprio sistema, que não atende, também, os brasileiros de forma satisfatória. Assim, parece não estar em

em uma insuficiência do próprio sistema, que não atende também aos anseios dos brasileiros. Deixa-se claro, nessas respostas, que não se trata de aversão ao estrangeiro, mas de identificação de deficiência do próprio sistema de saúde.

O governo brasileiro, no entanto, aparentemente alheio aos impactos econômicos do ingresso de estrangeiro em seu território, não tem se preocupado em criar políticas públicas em que se objetive a inserção do migrante estrangeiro. Ou, ao menos, uma política pública que possa nortear o programa de ingresso de estrangeiros no território nacional.

A falta da política pública, discutida durante pesquisa sobre a situação da saúde nos municípios de fronteira, segundo Nogueira, Dal Prá e Fermiano⁴²⁷, resulta em estratégias que envolvem a utilização de recursos como resultado de um jogo de forças que não é identificada como a melhor política, pois o embate se dá em campos distantes da construção democrática de políticas públicas.

Souza Neto⁴²⁸ fornecem uma visão mais clara sobre os motivos que, nos últimos anos, ocasionam a vinda de migrantes para o Brasil. Os autores defendem que, tanto Brasil quanto a Argentina, apesar de terem enfrentado experiências semelhantes no tocante ao fato de terem passado por regimes políticos autoritários, que conduziram de forma diferente a política de saúde. Com a Constituição de 1988, o Brasil passa a considerar a

jogo o fato de a pessoa ser estrangeira, mas essencialmente a debilidade das políticas de saúde brasileiras.” (ibidem, p. 228).

⁴²⁷ Segundo esses autores: “Convém lembrar que estratégias são recursos usados, como seu próprio nome indica, em situações especiais, que implicam um jogo de forças não condizentes com a desejada política pública de garantia de direito. Porém, se os profissionais não avançam, em termos discursivos, além de uma cidadania nacional, um forte compromisso ético com a vida é verificado em grande parte dos respondentes, traduzindo subjetivamente uma concepção de cidadania que ultrapassa os limites territoriais brasileiros. Pode-se afirmar que esse é um relevante ponto de partida para a discussão da universalização do direito à saúde.” (NOGUEIRA, V. M. R.; DAL PRÁ, K.; FERMIANO, S. A diversidade ética e política na garantia e fruição do direito à saúde nos municípios brasileiros da linha da fronteira Mercosul. **Cad. Saúde Pública**, v. 23, p. 234).

⁴²⁸ SOUZA NETO, L. B. C. de. O direito à saúde na Argentina e no Brasil. In: M. L. CETOLIN; S. F.; BRANCO, M. L. **A saúde na fronteira seca Brasil-Argentina**. Florianópolis: Fundação Editora Boiteux, 2008. p. 148. Segundo o autor: “O Brasil e a Argentina, embora tenham passado por experiências semelhantes no que diz respeito à convivência com o regime político autoritário, cada um deles conduziu de maneira distinta a política de saúde. Alguns interesses comuns aos dois países foram conduzidos por meio de estratégias que se diferenciavam quanto à clareza dos objetivos à forma de condução e à relação da política de saúde com o ambiente político interno. A partir de 1988, no Brasil, a saúde é considerada um dos direitos sociais garantidos pela Constituição Federal. Nesta é proclamada a saúde como um dever do Estado a ser garantido a todos. Na Argentina, o modelo de atenção à saúde apresenta-se centrado na especialização médica e no uso da alta tecnologia, em detrimento dos programas de atenção básica. No século XXI será expandido os usos do direito internacional para criar um cenário jurídico de cooperação entre os Estados no campo da saúde” (ibidem, loc. cit.). Posicionamento em igual sentido também pode ser conferido em TAYLOR, A. L.; BETTCHER, D. W.; PECK, R. **International Law and the International Legislative Process: a case study of the WHO Framework Convention on Tobacco Control**. Global Public Goods and Health. Oxford: Oxford University Press, 2003.

saúde um direito social, reconhecendo-a como um dever do Estado e um direito de todos. O que não acontece na Argentina, na mesma medida.

Mais do que uma simples criação de política pública sobre o ingresso de estrangeiros, a integração no Mercosul demonstra exigir a realização de uniformizações nas políticas de saúde, conforme apontado por Nogueira, Dal Prá e Fermiano⁴²⁹. Nesse trabalho, as conclusões indicam a necessidade de aprofundamento “das referências teóricas recentes sobre harmonização da atenção à saúde nos blocos regionais”⁴³⁰, além de demonstrar a importância adquirida pelos conhecimentos sobre os sistemas de valores, ou, em outras palavras, “o patamar de solidariedade que se quer alcançar, visto que as distinções entre os países são gritantes”⁴³¹.

E continuam os autores, reconhecendo ser possível dizer que as diferenças se situam não apenas no acesso aos serviços e ações de saúde, porém, também “na qualidade de vida da população, com reflexos imediatos no bem-estar e na saúde”⁴³². Passa a ser complicado pensar, dessa maneira, sobre políticas isoladas de Estados – em especial na integração econômica. Deve haver uma superação da ideia de Estado-Nação para definição de direitos sociais, não sendo esses restritos aos nacionais, mas a todos que lutam por esses direitos. Isso, de certa maneira, fundamenta a construção de um direito de ingresso do estrangeiro, salvo nas hipóteses em que houver escolhas trágicas a serem realizadas.

Faz-se necessário salientar que a Lei nº 6.815/1980, denominada Estatuto do Estrangeiro, por ter nascido em período ditatorial, dá ao estrangeiro um tratamento de exclusão. Seus dispositivos são meios para proteção do Estado diante de uma possível “ameaça estrangeira”. O texto do Estatuto do Estrangeiro, evidente, deve ser interpretado sob a luz da Constituição Federal de 1988, o que serve para mitigar os impactos ideológicos do tempo em que foi criado. Como adverte C. M. S. Lopes⁴³³: “A lei 6815/80, que foi promulgada por decurso de prazo e em tempos ditatoriais, mereceria uma revisão que a vinculasse aos novos tempos de democracia”.

⁴²⁹ NOGUEIRA, V. M. R.; DAL PRÁ, K.; FERMIANO, S. A diversidade ética e política na garantia e fruição do direito à saúde nos municípios brasileiros da linha da fronteira Mercosul. **Cad. Saúde Pública**, v. 23, p. 234..

⁴³⁰ Ibidem, p. 236.

⁴³¹ Ibidem, p. 238.

⁴³² NOGUEIRA, V. M. R.; DAL PRÁ, K.; FERMIANO, S. A diversidade ética e política na garantia e fruição do direito à saúde nos municípios brasileiros da linha da fronteira Mercosul. **Cad. Saúde Pública**, v. 23, p. 238.

⁴³³ LOPES, C. M. S. **Direito de imigração**: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009. p. 649.

Até mesmo na Constituição de 1988, a referência, inserida no art. 5º, *caput*, a estrangeiros residentes no País pode ser tida como uma redação equivocada, a qual, por construção doutrinária e jurisprudencial, foi afastada da sua literalidade.

Para conseguir a adaptação do regramento aplicável ao migrante com a democracia, em 2005, o Ministério da Justiça apresentou um anteprojeto de lei sobre estrangeiros, submetendo-o a consulta pública, no primeiro momento pela rede mundial de computadores (*World Wide Web* – *www*). Em face da identificação de certa resistência, vinda até mesmo de órgãos governamentais, foram realizadas estratégias de aproximação e de reconstrução do anteprojeto, trabalho que contou também com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), que incentiva o “Projeto de Consolidação e Qualificação das Políticas de Migração e Acordos Internacionais”. O aludido projeto tenta criar um modelo de relacionamento com o estrangeiro, o que faria, no Brasil, que se afastasse o tratamento policial da questão, pois, no país, esse papel está a cargo da Polícia Federal⁴³⁴. O projeto em comento visa retirar o tema da migração do âmbito da segurança nacional, levando-o para o campo do respeito aos direitos humanos.

Importante aqui ressaltar a preocupação expressa por C. M. S. Lopes^{435,436}, ao afirmar que a contraposição entre direitos humanos e doutrina da segurança nacional pode ser vista como um ponto positivo do projeto. Em especial, em face de que o preâmbulo teria força normativa e poderia influir na interpretação dos demais artigos da lei. O autor não deixa de identificar também o perigo da aplicação se afastar da expressão direitos humanos, que estaria presente apenas no texto da norma.

Considera, para tanto, C. M. S. Lopes⁴³⁷ que, logo após os atentados de 11 de setembro de 2001, houve um revigoramento das doutrinas de segurança nacional, mais

⁴³⁴ LOPES, C. M. S. **Direito de imigração**: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009. p. 649.

⁴³⁵ Ibidem, p. 652.

⁴³⁶ Nos seguintes termos: “Contrapor direitos humanos à doutrina da segurança nacional é efetivamente um ponto positivo do projeto, pois o preâmbulo de uma lei tem também sua força normativa, e deve influir na interpretação dos demais dispositivos da lei. No entanto, o perigo é que o projeto apenas inclua a expressão ‘direitos humanos’, e, em sua aplicação, mantenha o espírito da lei antiga. É o que pode ocorrer se esse apelo se limitar à simples substituição da expressão ‘segurança nacional’ por ‘segurança da sociedade’.” (ibidem, p. 652).

⁴³⁷ Ibidem, loc. cit.: “[...] após os atentados de 11 de setembro de 2001, o mundo (especialmente os países desenvolvidos) vive um momento de revigoramento de doutrinas de segurança nacional, com mais agressividade que na época da ideologia de luta entre comunismo e capitalismo (guerra fria). Por isso, é possível que a expressão ‘segurança da sociedade’ venha a ser interpretada de uma maneira até mais restritiva de direitos que na época da doutrina de segurança nacional”.

exacerbadas que no momento da guerra fria, sendo possível que a expressão “segurança da sociedade” seja interpretada de forma mais restritiva nos dias atuais⁴³⁸..

De outra parte, não foi enfrentado, pela legislação interna brasileira, o tema relativo à fruição de direitos sociais pelos estrangeiros. O paradoxo da migração também aqui pode ser identificado, ou seja, o estrangeiro que se encontra no País deve ter os mesmos direitos que o nacional, porém, isso intensifica as restrições à entrada de migrantes.

Como descrito por Illes, Timóteo e Pereira⁴³⁹:

“[...] [u]ma reportagem da BBC-Brasil (27 de março de 2008), citando dados da Polícia Federal e do Ministério Público do Trabalho, mostra que o Brasil tem sido um destino escolhido por um número cada vez maior de imigrantes em busca de oportunidades. Ainda segundo a reportagem, de 2004 a 2007, houve um aumento de 51% no total de novos estrangeiros no país; quando se consideram apenas países sul-americanos, o aumento foi de 144% entre 2004 e 2007”.

Os autores⁴⁴⁰ em referência destacam que há um crescimento da importância da migração pelo mundo, pois o recém-iniciado século XXI tem demonstrado, em diversos países do mundo, níveis recordes de imigração, segundo dados do Fundo de População das Nações Unidas – UNFPA –, atualmente, existem mais de 200 milhões de migrantes no mundo.

Não se esquecendo da posição brasileira, pois, segundo os doutrinadores em comento⁴⁴¹ “[n]o Brasil, os imigrantes internacionais registrados ultrapassam pouco mais de 1.250.000”. Porém, é possível que haja irregulares, o que aumentaria esse número estimado chegue a pouco mais de 2 milhões, representando quase 1% da população total do País.

Em 2 de julho de 2009, o Projeto de Lei nº 1.664, aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro em junho do mesmo ano, foi sancionado pelo Presidente da República à época, permitindo a regularização da situação de cerca de 50 mil estrangeiros, que viviam no Brasil de forma irregular. A chamada anistia aos estrangeiros só é aplicável àqueles que tenham ingressado no País até 1º de fevereiro de 2009.

A concessão desse tipo de benefício é uma constante no Brasil. Isso pode demonstrar que há uma política de incentivo ao ingresso de estrangeiros no território

⁴³⁸ Ibidem, p. 654.

⁴³⁹ ILLES, P.; TIMÓTEO, G. L. S.; PEREIRA, E. Tráfico de pessoas para fins de exploração do trabalho na cidade de São Paulo. **Cad. Pagu**, p. 219-251, 2008. p. 202.

⁴⁴⁰ ILLES, P.; TIMÓTEO, G. L. S.; PEREIRA, E. Tráfico de pessoas para fins de exploração do trabalho na cidade de São Paulo. **Cad. Pagu**, p. 200.

⁴⁴¹ Ibidem, p. 201.

nacional e que se intensifica com os atrativos econômicos recentes do País – situação que poderá se alterar se a tendência de atrair estrangeiros vier a se confirmar, aprofundando-se.

Merece análise, neste ponto, um trecho do discurso do Presidente da República, à época da sanção, em julho de 2009.

O então Chefe do Executivo declarou que a nova legislação demonstraria que o Brasil se coloca cada vez mais à altura da realidade migratória contemporânea, das condições globais do desenvolvimento econômico e social, e do respeito fundamental aos direitos humanos. Elas seriam, também, resultado de um amplo debate nacional, com a participação de diferentes setores da sociedade e dos próprios imigrantes que tiveram, assim, a oportunidade de esclarecer os problemas que enfrentam e propor soluções.

Seria necessário, ainda segundo o discurso presidencial, destacar que essa anistia viria em um momento muito especial, em que se aprofundaria e se ampliaria o processo de integração da América do Sul. Essa posição foi justificada salientando que, ao longo de muitas décadas, o Brasil sempre acolheu europeus, asiáticos, árabes, judeus, africanos e, mais recentemente, passou a receber fortes correntes migratórias da América do Sul e da América Latina.

Reconhece-se, nas palavras do então Chefe do Executivo, que o País seria uma nação formada por imigrantes, que comprova na prática como as diferenças culturais podem contribuir para a construção de uma sociedade que se empenha sempre pela manutenção da harmonia e combate com rigor a discriminação e o preconceito.

O ex-Presidente lembrou ainda que não é possível se olvidar que a Constituição brasileira, quando trata dos direitos e garantias fundamentais, estabelece que todos são iguais perante a lei, sejam brasileiros ou estrangeiros residentes, ponto relevante para o presente trabalho. Salientou, também, que o Estado brasileiro, por meio de compromissos firmados em vários acordos internacionais, reconhece que os migrantes são titulares de direitos e deveres que devem ser respeitados.

No discurso, o Chefe do Executivo defendeu, ainda, que a migração irregular é uma questão humanitária e não pode ser confundida com a criminalidade, sendo certo que, sobre essa questão, o País teria uma abordagem abrangente e equilibrada, levando em consideração os princípios da universalidade, interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos.

As afirmações presidenciais não podem ser tidas como não formadoras de um posicionamento brasileiro, em especial quando se percebe que não se trata de mudança de trajetória⁴⁴².

Como se percebe, o Brasil tenta se colocar em posição diferenciada com relação à maioria dos países do globo. Essa postura pode ser indicativa de uma política pública de migração, que poderia constituir uma das primeiras expressões do reconhecimento da existência de limitadores da possibilidade do Estado decidir sobre o ingresso do estrangeiro e, indo além, mostrando um possível caminho de direito de permanência do estrangeiro.

De acordo com C. M. S. Lopes⁴⁴³, o Brasil tem uma política incentivadora da migração, o que se reflete também na constância de leis de regularização da situação de estrangeiros. Para a autora, o “Brasil cultivou, por quase toda sua história independente, a tradição de acolhimento e incentivo à imigração”⁴⁴⁴.

De fato, apesar de poder ser um avanço na discussão, o Brasil não pautou o ingresso dos estrangeiros aos limites envolvendo escolhas trágicas. Por um lado, o Brasil dá acesso a direitos sociais, caros e com financiamento custoso (como é o caso do direito à saúde), periodicamente dá anistia aos estrangeiros indocumentados, o que permite deduzir que o direito ao ingresso existe, ao menos indiretamente, todavia, não avança nas alterações necessárias de sua Lei dos Estrangeiros e também o Projeto de Lei não traz elementos claros sobre o direito de ingresso.

⁴⁴² Segue trecho do discurso proferido pelo Presidente da República à época da sanção do Estatuto do Estrangeiro: “Para milhares de brasileiros, viver em países como Estados Unidos, Japão, Itália, Espanha, Portugal, por exemplo, significa um sonho de progresso. Mas para muitos dos nossos vizinhos, o Brasil é visto como uma chance real de melhorar a sua vida. Aqui, esses estrangeiros têm direito à saúde pública e, seus filhos, à educação gratuita, o que, infelizmente, não ocorre em muitos dos países que recebem imigrantes brasileiros. Consideramos injustas as políticas migratórias adotadas recentemente em alguns países ricos, que têm como um dos pontos a repatriação dos imigrantes. Para nós, a repressão, a discriminação e a intolerância não lidam corretamente com a raiz do problema. Já disse várias vezes e repito: ninguém deixa sua terra natal porque quer, mas sim porque precisa ou porque acha que pode construir uma vida digna e melhor para si e para seus filhos em outro lugar. Falo isso por experiência própria. Foi isso que aconteceu com a minha família quando deixamos o sertão do Nordeste, em Pernambuco, rumo ao estado de São Paulo. Fomos buscar oportunidades, trabalho, estudo, melhores condições de vida. Por isso mesmo, julgo que os países mais ricos devem ter um enfoque solidário na questão da migração. Devem estabelecer parcerias que promovam o desenvolvimento das regiões e países onde se origina a migração, criando oportunidades, trabalho e melhores condições de vida. A sociedade brasileira contrapondo-se a várias manifestações de intolerância que ocorrem em nível internacional faz questão de festejar a própria hospitalidade. Como se viu no ano passado, por exemplo, nas comemorações do centenário da migração japonesa. Sempre acreditei na solidariedade como um valor fundamental para o desenvolvimento social. O Brasil, com responsabilidade e equilíbrio, foi e continuará sendo um país aberto e solidário aos migrantes de todas as partes do mundo.”

⁴⁴³ LOPES, C. M. S. **Direito de imigração**: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009. p. 596.

⁴⁴⁴ Ibidem, p. 596.

Além disso, deve-se reconhecer que muito há o que caminhar no Brasil, em especial no tocante à efetivação de direitos sociais, com destaque para a construção de políticas públicas que possam fazer o cotejo entre os recursos existentes e o procedimento atinente ao ingresso de estrangeiros no País. De toda sorte, na parte III da presente tese, será avaliado especificamente o direito de ingresso no Brasil.

6 CASOS DE CONTROLE INTERNACIONAL DO INGRESSO DE ESTRANGEIROS

No dia 18 de dezembro de 2009, o Secretário-geral da ONU proferiu a mensagem SG/SM/12.667, na qual afirmou que a migração envolve todos os países do mundo, quer como local de origem, trânsito ou destino, quer como uma combinação destes. Na mensagem, ele afirmou, ainda, que, em 2009, cerca de 200 milhões de pessoas, ou 3% da população mundial, viviam fora do país de seu nascimento.

De acordo com o Secretário-geral, a migração pode ser uma experiência positiva e de habilitação para os próprios migrantes, e também para o lar e para as sociedades de acolhimento; mas, reconheceu que para muitos deles a realidade é de discriminação, exploração e abuso, afirmando que eles são alvos frequentes de discurso de ódio, perseguição e violência. Os migrantes são injustamente acusados de crime e de serem causadores das dificuldades econômicas, além de estarem sujeitos à discriminação generalizada.

Para a ONU, a crise econômica e financeira mundial agravou a vulnerabilidade dos migrantes. Muitos países ampliaram as restrições em matéria de migração e adotaram medidas mais duras para combater a migração irregular, o que traz para essa Organização a preocupação com o fato de que essas medidas podem aumentar o risco de exploração e abuso e reforçar a ideia de que os imigrantes têm parte na culpa pelos efeitos da crise, alimentando atitudes anti-imigrantes e de xenofobia.

Na mensagem, no entanto, o Secretário-geral ressalta que, mesmo em lugares onde o desemprego é elevado, muitas vezes há uma demanda de trabalhadores estrangeiros em determinados setores, por possuírem as habilidades necessárias para impulsionar o crescimento econômico. Longe de causar a crise, para o Secretário-geral, a migração é, na verdade, parte da solução em longo prazo.

No plano internacional, sob os auspícios da ONU, destaca-se a Convenção sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas famílias, que se foca na proteção dos direitos dos migrantes. Ela foi aprovada no seio da ONU, tendo sido adotada como Resolução da Assembleia Geral sob o número 45/158, de

18 de dezembro de 1990⁴⁴⁵. Ao final da mensagem, o Secretário-geral exortou todos os Estados-membros que ainda não ratificaram ou aderiram à Convenção a fazê-lo, além de demonstrar a preocupação da ONU com a proteção dos direitos humanos dos migrantes⁴⁴⁶. Também destacou a necessidade de colocar os direitos humanos no centro da política de migração e de sensibilização para o fato de que os migrantes fazem contribuições positivas para a vida econômica, social e cultural de seu país anfitrião. A mensagem mostra a importância do tema para o cenário global. A atuação que ultrapassa um país isoladamente é de extrema relevância, pois as consequências da migração atingem grande parte dos países do mundo. Daí a necessidade de se visualizar quais são os órgãos de base mundial que cuidam do assunto. Na ONU, há órgãos especializados. Há também órgãos regionalizados – esses focados na proteção dos direitos humanos –, que cuidam também do assunto; além da Organização Internacional para Migração (OIM), criada em 1951.

6.1 Atuação da ONU e de organismos globais

A ONU, que cumpre seu papel generalizante, tem órgãos especializados em migração, ligados ao Desa, o mencionado Departamento das Nações Unidas para as Relações Econômicas e Sociais, responsável pela publicação do relatório internacional sobre imigração, realizada em períodos de 4 anos, tendo a última ocorrido a última em 2009⁴⁴⁷ –, demonstrando, de modo geral, a relevância do tema para o desenvolvimento econômico e para a proteção dos direitos humanos. Outro importante órgão da ONU é o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR).

O ACNUR foi criado em 14 de dezembro de 1950, pela Assembleia Geral da ONU. A agência está incumbida de dirigir e coordenar a ação internacional para resolver os desafios postos pela existência de refugiados e bem assim protegê-los em todo o mundo. Seu objetivo principal é salvaguardar os direitos e o bem-estar dos refugiados. O ACNUR

⁴⁴⁵ Importante ressaltar que a Convenção sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas famílias, por força do art. 3º, f, não se aplica aos migrantes não admitidos em território estrangeiro, não versando, portanto, sobre direito de ingresso.

⁴⁴⁶ Até março de 2011, 45 Estados tinham ratificado a Convenção sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas famílias, o Brasil não é um dos ratificantes.

⁴⁴⁷ Disponível em: <http://www.un.org/esa/population/publications/2009Migration_Chart/2009IttMig_chart.htm>. Acesso em: 29 abr. 2010.

se esforça para garantir que todos possam exercer o direito de procurar e encontrar um refúgio seguro em outro Estado, com a opção de voltar para casa voluntariamente, integrar o local ou reassentar-se em um terceiro país. Também tem a incumbência de ajudar as pessoas apátridas. Em mais de cinco décadas, a Agência tem ajudado dezenas de milhões de pessoas a reiniciar suas vidas. Hoje, uma equipe de cerca de 6.600 pessoas em mais de 110 países continua a ajudar aproximadamente 34 milhões de pessoas. Porém, nem tudo são resultados desejados.

Em 2005, *v.g.*, um grupo de requerentes de asilo e refugiados sudaneses, descontentes com as condições insuportáveis no escritório do ACNUR no Cairo, iniciou um protesto pacífico nas adjacências dele. Os manifestantes protestavam especialmente contra a morosidade do ACNUR e sua incapacidade de dar-lhes adequada assistência, por conta do elevado número de pedidos rejeitados, entrevistas impróprias e seu tratamento geral. O pessoal do ACNUR também era alvo de protestos, em face dos problemas enfrentados pelos manifestantes, como suas dificuldades sociais e as condições de saúde que foram agravadas pela falta de assistência adequada. Eles exigiam que essa situação fosse remediada e apelavam para processos transparentes e justos. Pouco tempo depois surgiram muitos outros manifestantes de modo que, nos três meses seguintes, um grupo de 1,8 mil a 2,5 mil pessoas colocou-se em torno das instalações do ACNUR. As reuniões e negociações com a Agência eventualmente falham, e a crise terminou em uma tragédia. Em 30 de dezembro de 2005 as forças de segurança egípcias prosseguiram com a remoção forçada dos manifestantes do local em uma ação na qual 28 refugiados foram mortos, dos quais mais da metade eram crianças e mulheres, e vários manifestantes desapareceram. O incidente ilustra o que o citado relatório sobre os acontecimentos, com razão, chamou de uma tragédia de erros e falsas expectativas sobre instituições internacionais humanitárias e dos direitos humanos. Esses incidentes demonstram a necessidade de se repensar constantemente as estruturas e as formas de atuação.

No âmbito global, ainda, é relevante salientar a atuação da OIM, já mencionada. Fundada em 1951, a OIM é a principal organização intergovernamental sobre migração e trabalha em estreita colaboração com órgãos governamentais, parceiros governamentais e não governamentais. Com 127 Estados-membros, mais 17 Estados com o estatuto de observadores e escritórios em mais de 100 países, a Organização dedica-se a promover a migração humana ordenada para o benefício de todos. Ela atua para prestar serviços de assessoria a governos e migrantes.

A OIM trabalha para ajudar a garantir a gestão ordenada e humana das migrações, promover a cooperação internacional em matéria de migração, para ajudar na busca de soluções práticas para problemas de migração e para prestar assistência humanitária aos imigrantes em necessidade, incluindo os refugiados e pessoas deslocadas internamente. A Constituição da OIM reconhece a ligação entre a migração e o desenvolvimento econômico, social e cultural, bem como o direito de liberdade de movimento. A Organização trabalha em quatro grandes áreas de gestão da migração: migração e desenvolvimento; facilitação da migração; regulamentação da migração; e migração forçada.

As atividades da OIM que ultrapassam essas áreas incluem a promoção do direito das migrações internacionais, políticas de debate e orientação, a proteção dos direitos dos migrantes, saúde e a dimensão de gênero das migrações.

Segundo Martin e Abella⁴⁴⁸, destaca-se também o Fórum Global sobre Migração e Desenvolvimento (*Global Forum on Migration and Development – GFMD*), que teve a terceira reunião⁴⁴⁹ realizada em Atenas, entre os dias 2 e 5 de novembro de 2009. Representantes de 142 Estados discutiram as melhores práticas para proteger os direitos dos migrantes, os tipos de migração legal para incrementar o desenvolvimento e os métodos para alcançar maior coerência entre a migração e outras políticas socioeconômicas, incluindo ajuda, desenvolvimento e políticas comerciais.

O governo dos Estados Unidos não participou da reunião, pois teme que o GFMD venha a se tornar um ponto de encontro dos países mais pobres, que são a origem da maioria dos migrantes, para criticar o tratamento dos seus cidadãos mais ricos em países que recebem migrantes. O GFMD é um processo liderado por Estados, porém, está fora do sistema das Nações Unidas. O governo anfitrião define a agenda, em consulta com um grupo dirigente. O primeiro GFMD⁴⁵⁰ levou 160 governos a Bruxelas, nos dias 10 e 11 de julho de 2007, e fez nascer uma nova abordagem para a migração, que conduziu o desenvolvimento para o centro do debate, definindo que é necessária “a promoção da imigração legal como uma oportunidade para o desenvolvimento de ambos os países de origem e destino, e não como uma ameaça”⁴⁵¹, conforme redação do Relatório Final. O

⁴⁴⁸ MARTIN, P.; ABELLA, M. Migration and development: the elusive link at the GFMD. **International Migration Review**, v. 43, n. 2, p. 431-439. DOI: 10.1111/j.1747-7379.2009.00771.x, 2009. p. 432.

⁴⁴⁹ Disponível em: <<http://www.gfmd2009.org>>. Acesso em: 7 maio 2010.

⁴⁵⁰ Ibidem.

⁴⁵¹ MARTIN, P.; ABELLA, M., op. cit., p. 433.

GFMD de 2008, ocorrido em Manila, nas Filipinas, ao focar os direitos dos migrantes, enfatizou que a migração legal, que respeita os direitos dos migrantes, tem impactos mais favoráveis do que a migração irregular.

Na Grécia, a reunião de Atenas teve como tema central “Integração de Políticas de Migração em Estratégias de Desenvolvimento para o Benefício de Todos”. A escolha do tema pautou-se nas experiências diversas gregas de migração e na crescente conscientização global da necessidade de melhor ligação entre a migração e o desenvolvimento.

Em novembro de 2010, a reunião aconteceu em Puerto Vallarta, no México, tendo sido atendida por 131 países e 38 organizações internacionais. Como o México é um importante ator no deslocamento de pessoas pelo mundo, o tema foi objeto de interessante debate, apesar de poucos avanços concretos. Ao final da reunião, a Suíça foi escolhida para nortear os preparativos para a próxima reunião, estabelecendo agenda de encontros preparatórios durante todo o ano de 2011.

Tanto no México quanto na Grécia, houve proposta de integrar a migração em planos de desenvolvimento, o que teve por base a crença de que a migração deve ser movida mais pela escolha do que pela necessidade. Os esforços nacionais e internacionais de desenvolvimento devem aumentar o desenvolvimento humano por meio da melhoria da qualidade de vida e pelas escolhas de vida em expansão. A migração internacional deve basear-se na escolha – a opção de migrar – e não ser uma estratégia de sobrevivência. A liberdade de circular por opção anda de mãos dadas com a liberdade de ficar em casa, devendo o desenvolvimento humano ser tido como um modo de expansão tanto da liberdade quanto da escolha de ficar ou mover-se, de forma temporária, permanente ou repetida.

A discussão do desenvolvimento humano, em Atenas, contou com alguns resultados de 2009 do Relatório de Desenvolvimento Humano da ONU. Entre eles, identifica-se que essas escolhas e os efeitos do desenvolvimento das migrações são claramente dependentes das condições em que as pessoas se movem e dos níveis de desenvolvimento que enfrentam. Esses foram temas importantes para o debate da migração e do desenvolvimento humano em todas as mesas-redondas.

Durante a reunião de Atenas, surgiram algumas evidências de que o GFMD foi moldando o debate internacional sobre migração e desenvolvimento em aspectos

importantes. Uma pesquisa informal realizada entre os Estados participantes indicou, segundo dados do GFMD⁴⁵², que as políticas e atitudes estavam começando a mudar em muitos países. Os governos relataram novas políticas migratórias que consideram aspectos de desenvolvimento, além de mecanismos e procedimentos existentes para identificar, comunicar e interagir com as diásporas.

As mesas-redondas permitiram que os acordos bilaterais e regionais comesçassem a ser delineados – alguns visando à promoção da migração regular (temporária ou permanente), outros trazendo à discussão a portabilidade dos benefícios da seguridade social, a facilitação da transferência de recursos, a melhor proteção dos direitos dos migrantes em situação regular, e controle maior para combate da migração irregular, além de temas ligados a formas de impedimento do tráfico de drogas.

Em linhas gerais, como acontece em fóruns mundiais, foram retomados alguns resultados de reuniões anteriores, que, em regra, incluem: a proteção e capacitação dos migrantes para o desenvolvimento, e sobre a coerência política, de dados e pesquisa, para assegurar o acompanhamento de várias recomendações do GFMD; análise e acompanhamento dos processos consultivos regionais sobre as migrações, buscando promover o intercâmbio de boas práticas entre eles, com avaliação dos resultados e impactos; avaliação da viabilidade de uma abordagem pautada no mercado destinada a reduzir os custos da migração para os migrantes de baixa renda do trabalho, como é o caso de Bangladesh; a criação dos centros de informação para migrantes a fim de alcançar e criar mais casos de migrações informadas; um levantamento informal dos governos sobre a coerência política e institucional.

Percebe-se a grande abrangência do sistema global, porém, um acompanhamento mais próximo do que é enfrentado pelos migrantes nas fronteiras, o que poderia ser feito por supervisão internacional e pela exigência da utilização de meios eletrônicos, como filmagem constante, para tentar diminuir os casos de abusos. É inegável que os tratados internacionais de direitos humanos trouxeram significativas restrições ao direito dos Estados de impedirem a entrada de estrangeiros em seu território, de modo que uma preocupação com o controle internacional desse ato não é de todo descabida.

⁴⁵² Disponíveis em: <<http://www.gfmd.org/en/gfmd-meetings/athens-gfmd-2009.html>>. Acesso em: 9 maio 2010.

6.1.1 Os refugiados

Por força de tratado internacional, a Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, e o Protocolo da Convenção, de 1967, os refugiados possuem direito de ingresso em território estrangeiro. A simples alusão ao fato de ser um refugiado garante ao migrante a entrada, como exposto por Carvalho Ramos⁴⁵³. O certo é que não pode haver o impedimento de entrada, apesar da necessidade de o refugiado aguardar por negociação para ser recebido definitivamente em algum território, procedimento que conta com a intermediação do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados.

Há uma clara justificativa histórica para o surgimento do regramento sobre refugiados. No final da Segunda Guerra Mundial, as migrações na Europa Ocidental centravam-se em um excedente populacional e em refugiados. Karatani⁴⁵⁴ lembra que, à época, na ausência de uma definição universal para o termo refugiado, a distinção entre esses grupos era muitas vezes duvidosa, sendo comum a confusão entre eles com a consequente violação de direitos dos refugiados.

Por conta disso, os Estados europeus procuraram resolver, de forma célere, o impasse, pois havia o temor de que a estagnação econômica e a instabilidade social poderiam surgir nesse contexto⁴⁵⁵. Para entender o surgimento das regras sobre proteção a refugiados, é necessário retornar um pouco no tempo.

Logo após a Primeira Guerra Mundial, observa-se que os métodos de controle de fronteiras se tornaram predominantes e excessivamente mais sofisticados⁴⁵⁶. Em contraste com o período anterior à Primeira Guerra Mundial, várias barreiras à migração internacional começaram a aparecer, insistindo cada governo na sua plena disposição sobre as suas políticas de migração.

⁴⁵³ CARVALHO RAMOS, A. de. **Direitos Humanos na integração econômica**: análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Européia e Mercosul, p. 721-746.

⁴⁵⁴ KARATANI, R. How History Separated refugee and migrant regimes: in search of their institutional origins. **International Journal of Refugee Law**, v. 17, issue 3, p. 517-541, 2005. p. 520. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=916229>>. Acesso em: 4 abr. 2010.

⁴⁵⁵ TAFT, D. R.; DONALD, R.; ROBBINS, R. **International migrations**: the immigrant in the modern world / by Donald R. Taft, Richard Robbins. New York: The Ronald Press, 1955. p. 236.

⁴⁵⁶ TORPEY, J. C. **The invention of the passport**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 43.

Atribui-se, em parte, a redução da migração de europeus à introdução de políticas restritivas pelos Estados Unidos, a partir desse momento histórico, além do aumento da hostilidade para com os migrantes em várias partes do mundo⁴⁵⁷. Segundo Castles e Miller⁴⁵⁸, os europeus enfrentaram restrições internas e limitações à circulação pelo mundo, especialmente, em face da dissolução dos impérios multiétnicos.

Identificou-se que, no período do entreguerras, haveria a necessidade do desempenho de um papel mais ativo em matéria de migração tanto dos refugiados quanto dos trabalhadores⁴⁵⁹. Além disso, após a Primeira Guerra Mundial, a proteção internacional começou a ser estendida a certos grupos chamados de refugiados. Em 1921, a Liga das Nações (LN) criou o Alto Comissariado para os Refugiados, que foi responsável pelos refugiados russos, gregos, turcos, búlgaros e armênios, conforme salientado por Goodwin-Gill⁴⁶⁰.

Ainda de acordo com Goodwin-Gill⁴⁶¹, a cooperação internacional para refugiados no âmbito da Liga das Nações, no entanto, recebeu críticas que a consideraram incoerente e ineficaz. Nesse período, contudo, foi criada a proteção aplicada a um grupo específico de pessoas, em vez de uma análise detalhada de cada requerente, o que pode ser tido como potencialmente incoerente. Além disso, como a LN foi uma organização que buscava a adesão universal, sem a intenção de constranger membros eletivos ou potenciais, ela teve como foco quase exclusivo fornecer proteção legal aos refugiados, os quais foram obrigados a abandonar seus países. Não houve, por parte da LN, ataque das causas dos problemas que afligiam os refugiados.

Além disso, a essa altura, nenhum dos governos estava disposto a criar uma definição universal de refugiado, pois poderiam imaginar que problema dos refugiados seria uma emergência temporária⁴⁶². Temores sobre uma pesada carga financeira e uma força de trabalho excessiva em um momento de elevada taxa de desemprego também podem ter contribuído para essa percepção.

⁴⁵⁷ ISAAC, J. International Migration and European Population Trends. **International Labour Review**, v. 66, 1952. p. 188. Acesso em: 14 abr. 2010.

⁴⁵⁸ CASTLES, S.; MILLER, M. J. **The age of migration**, p. 64.

⁴⁵⁹ WENK, M. G. The refugee: a search for clarification. **International Migration Review**, v. 2, n. 3, p. 62.

⁴⁶⁰ GOODWIN-GILL, G. S. **The refugee in International Law**. Oxford [Oxfordshire]: Clarendon Press, 1983. p. 4.

⁴⁶¹ Ibidem, p. 10.

⁴⁶² KARATANI, R. How History separated refugee and migrant regimes: in search of their institutional origins. **International Journal of Refugee Law**, v. 17, issue 3, p. 517-541, 2005. p. 522. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=916229>>. Acesso em: 4 abr. 2010.

Como o número de migrantes forçados cresceu, houve um crescimento de pedidos de ajuda e a colocação de mais locais à disposição para assentamentos. Além disso, os principais destinos dos refugiados – Estados Unidos, Austrália e Canadá – não tinham interesse em se mostrar pressionados a aceitarem os números crescentes de refugiados. Em vez disso, eles preferiram calcular as suas necessidades, tanto econômica quanto politicamente, e decidir quem e quantos iriam deixar entrar em seus territórios. Tornou-se uma política, nos Estados Unidos, receber refugiados apenas após haver a concessão de uma atribuição específica para tanto.

Tanto organizações internacionais, dentre as quais se destaca a Organização Internacional do Trabalho (OIT), quanto alguns Estados reconheceram a ligação entre a expansão da migração da Europa, a paz e a estabilidade no mundo. Os países com um interesse especial na migração vieram a reconhecer a conexão. Entre esses países, só os Estados Unidos tiveram a capacidade política e financeira para criar algum tipo de acordo internacional; no entanto, as suas políticas restritivas de imigração permaneceram, mesmo em relação aos migrantes forçados na Europa. Apesar de hesitante e cauteloso, como sempre, conforme identificado na sua atuação na negociação de tratados internacionais, o governo estadunidense, contudo, não podia ficar indiferente à pressão contínua para aliviar as condições daqueles que eram perseguidos na Alemanha, assim que o êxodo começou a inundar países vizinhos nos anos de 1930.

A LN deu resposta a esses refugiados, instituindo o Alto Comissariado para os Refugiados (judeus e outros), provenientes da Alemanha, em 1933. Apesar de a Alemanha ter saído da LN no mesmo ano, o Alto Comissariado era impotente, pois não dispunha dos meios financeiros e de competência para combater as causas dos problemas.

Com a ineficiência da LN, houve o aumento da pressão sobre os Estados Unidos, tanto internamente como no exterior, para que se envolvesse. Como resultado, o governo estadunidense foi por fim forçado a tomar várias iniciativas para tentar resolver os problemas dos refugiados na Europa nos anos 1930 e 1940; no entanto, procura assegurar a sua predominância, em especial pelo controle orçamentário, insistindo em limitar a duração e os mandatos das organizações internacionais.

Primeiro, foi convocada uma conferência internacional sobre os refugiados em Évian, na França, em 1938. Como resultado da conferência, o Comitê Intergovernamental para os Refugiados (CIR) foi estabelecido fora da LN, com o objetivo de criar

oportunidades de desenvolvimento para a solução permanente. O CIR, entretanto, não deu resultados, tornando-se inativo, logo após criado.

Cinco anos mais tarde, em 1943, houve nova tentativa de solução dos problemas relacionados aos refugiados, pois, por mais que a eclosão da guerra tenha sido em 1939, o que provocou o deslocamento de milhões de pessoas na Europa, só depois da revelação e da condenação, em dezembro de 1942, pelos governos aliados, das atrocidades nazistas contra os judeus a pressão pública foi forte o suficiente para que, principalmente pelos Estados Unidos, fossem tomadas medidas para proteger essas pessoas.

Na Conferência de Bermuda, em 1943, foi revitalizado o CIR, que estava dormente. Além disso, criou-se a Administração das Nações Unidas de Assistência e Reabilitação, no mesmo ano, para promover e supervisionar, desta vez, o repatriamento dos milhões de deslocados sob o controle aliado⁴⁶³.

Apesar dessas medidas, nem o CIR revitalizado nem o recém-criado órgão foram equipados para oferecer proteção adequada aos refugiados internacionais, e nenhum deles de fato superou as limitações das tentativas internacionais anteriores, havendo grande influência dos Estados Unidos nas decisões desses órgãos, pois esse país era o principal financiador, além de ter feito o primeiro diretor-geral em ambas as organizações.

Como resultado, ambos os órgãos foram subordinados aos interesses estadunidenses, não havendo diligência por uma cooperação internacional. Além disso, seus mandatos foram também limitados e temporários, supostamente definidos, de acordo com a função de cada um. O CIR tratava da manutenção e reinstalação de refugiados, e a agência cuidava da manutenção e repatriação de pessoas deslocadas⁴⁶⁴.

A Organização Internacional para os Refugiados (OIR) foi criada em 1947. Sua principal tarefa era a reinstalação dos refugiados remanescentes, tendo também competência para cuidar das pessoas deslocadas, que tinham se originado na Europa como consequência da guerra. Foi uma das primeiras agências internacionais criadas pela ONU, mas, como ocorreu com as organizações de proteção dos refugiados anteriores, a organização foi fundada com um estatuto temporário.

⁴⁶³ KARATANI, R. How history separated refugee and migrant regimes: in search of their institutional origins. **International Journal of Refugee Law**, v. 17, issue 3, p. 517-541, 2005. p. 530. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=916229>>. Acesso em: 4 abr. 2010.

⁴⁶⁴ Ibidem, p. 530.

Os Estados Unidos, no decurso do debate que precedeu a sua criação, tinham a certeza de que ela faria um trabalho favorável ao Ocidente no contexto da rivalidade com a então União Soviética, além de terem-lhe submetido a operação a seu controle exclusivo.

Em 1951, chegou-se a um consenso sobre a matéria, tendo sido aprovada Convenção sobre o tema. Além disso, outros três eventos significativos ocorreram nesse ano. Foi decidido que a data de encerramento do sistema anterior seria 31 de janeiro de 1952. A OIT organizou uma conferência de migração em Nápoles na sequência da preliminar de 1950, e após a conferência de Nápoles, os Estados Unidos organizaram uma conferência em Bruxelas, na qual se definiram temas importantes sobre refúgio⁴⁶⁵.

6.2 Sistemas regionais

Olhar de forma regionalizada para a situação do migrante também é relevante para que se possa ter clareza da importância dos sistemas de proteção dos direitos humanos com supervisão internacional.

A análise aqui iniciada tem como propósito, assim, destacar os casos referentes à migração que foram levados às Cortes Interamericana e Europeia de proteção dos direitos humanos. É o que será abordado nos subitens a seguir.

6.2.1 Sistema interamericano

No sistema americano, devem ser lembrados alguns pontos relevantes. A grande diferença de desenvolvimento econômico entre os países americanos pode gerar situações de violações de direitos, tanto no ingresso, o que pode ser identificado nas fronteiras dos Estados Unidos, quanto na situação de estrangeiros irregulares, o que se identifica não somente nesse país, mas também nos problemas enfrentados por irregulares, v.g., no Brasil.

⁴⁶⁵ GOODWIN-GILL, G. S. **The refugee in International Law**, p. 33.

Com foco apenas na América Latina, a Comissão Econômica para América Latina e Caribe (CEPAL) estimou, no ano de 2005, em 25 milhões o total de migrantes latino-americanos. Um número que representa 13% dos migrantes do planeta. A região se transformou em um polo de saída de pessoas depois de um longo período em que era centro de atração de migrantes, o que se encerrou no início do século XX⁴⁶⁶.

Mais de 50% dos migrantes que vivem nos Estados Unidos são provenientes da América Latina. É possível identificar uma diversificação de destinos, com migrantes da região dirigindo-se à Espanha, à Itália, ao Japão e ao Canadá.

Afora Estados Unidos e Canadá, no restante das Américas, há informações limitadas sobre a migração. Os dados existentes não demonstram a magnitude da questão. Apenas recentemente, nos trabalhos investigativos sobre a população, é que se pensou em fazer a inserção de perguntas sobre pessoas que vivem no exterior e que encaminham divisas para o país de origem.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem opinado e decidido questões sobre migração. Pode ser citada a Opinião Consultiva nº 17. Em 30 de março de 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) apresentou à Corte Interamericana de Direitos Humanos um pedido de parecer consultivo sobre a interpretação dos arts. 8º e 25 da Convenção Americana, a fim de determinar se as medidas especiais previstas no art. 19 da Convenção são os limites do poder discricionário ou à discricionariedade dos Estados em relação às crianças⁴⁶⁷.

O art. 19 determina, ao tratar dos direitos da criança, que toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado. Com base nisso, a Corte limitou o poder do Estado no tocante à nacionalidade, determinando que a família constitui o âmbito essencial para o desenvolvimento da criança e do exercício dos seus direitos. Dessa maneira, o Estado deve apoiar e fortalecer as famílias, por meio das diferentes medidas necessárias para melhor cumprir o seu papel natural nesse domínio. Além disso, deve ser preservada e promovida a permanência da criança em seu lar, a menos que existam razões decisivas para separá-la de sua família, ressaltando que a separação deve ser excepcional e, de preferência, temporária.

⁴⁶⁶ FISCHER-BOLLIN, P. (Ed.). **Migración y políticas sociales en América Latina**, p. 9.

⁴⁶⁷ Trata-se da Opinião Consultiva nº 17, de 28 de agosto de 2002, solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Em razão desse posicionamento, o Estado perde espaço para decidir sobre a saída de estrangeiros que tenham filhos que sejam seus nacionais, por conta específica da proteção da dignidade da criança.

Outro grande avanço trazido pela Convenção, mas que não exige opinião consultiva para explicitar a limitação ao poder do Estado, está exposto no art. 20, que trata do direito à nacionalidade. Esse dispositivo, além de repetir textos anteriores ao declarar que toda pessoa tem direito a uma nacionalidade, vai além e garante que toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra. Define, assim, uma nacionalidade a ser concedida ao indivíduo e, além disso, garante que ninguém seja privado arbitrariamente de sua nacionalidade, nem do direito de mudá-la.

A Opinião Consultiva nº 18 também merece destaque. Emitida em 17 de setembro de 2003, ela responde a questionamento feito pelo México acerca da privação do gozo de certos direitos aos imigrantes indocumentados (os *sans papiers*). O Governo do México, como exposto no pedido de opinião consultiva, demonstra grande preocupação com interpretações, práticas e leis emitidas por alguns Estados da região que seriam incompatíveis com o sistema de direitos humanos da OEA. O Governo mexicano demonstrou considerar que essas interpretações, práticas ou leis que negam, entre outros, os direitos trabalhistas fundadas em critérios discriminatórios com base no *status* de imigração de trabalhadores indocumentados seriam violadoras das normas de proteção aos direitos humanos.

A aludida conduta poderia incentivar os empregadores à utilização dessas leis ou interpretações para justificar a perda progressiva de outros direitos, como, v.g., pagamento de horas extras, tempo de emprego, salário maternidade devido, abusando, assim, da condição de vulnerabilidade dos trabalhadores migrantes em situação irregular. Nesse contexto, a violação dos instrumentos internacionais que protegem os direitos humanos dos trabalhadores migrantes na região seria uma verdadeira ameaça para o gozo dos direitos protegidos por esses instrumentos.

Apesar de não tratar diretamente do direito de ingresso, a Opinião Consultiva nº 18 cuida de tema relevante, que é a diferenciação de indivíduos por categorias de direitos, podendo, então, ter sua aplicação ao ingresso discutida. A manifestação do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados também deve ser destacada. O ACNUR defende que, atualmente, não há nenhum sentido em se diferenciar o que é a movimentação voluntária e o deslocamento forçado de pessoas, porque as razões que provocam a

migração são complexas e envolvem uma mistura de elementos políticos, econômicos e sociais. A natureza e complexidade dos movimentos atuais dificilmente determinam uma linha clara entre os migrantes e refugiados. Desde a década de 1990, o ACNUR tem estudado a relação entre migração e asilo e, em particular, a necessidade de proteger os refugiados nos fluxos de migração; no entanto, ressalta que ainda não há mecanismo internacional para tratar estritamente de migração.

E a Opinião nº 18 continua em sua manifestação, que surge às fls. 85 do relatório da consulta, explicitando que as políticas migratórias se inserem no âmbito da soberania dos Estados, porém, a adoção e implementação de tais políticas têm limites estabelecidos pelos instrumentos de direitos humanos. Dentro desses limites, a Convenção Americana, a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1966, e a Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias são utilizados de fontes para a opinião consultiva.

O ACNUR, portanto, abre espaço para demonstrar que existem mecanismos de controle da decisão do Estado sobre o ingresso, pois condiciona esse ato aos tratados internacionais de direitos humanos.

A Corte, então, declarou, no numeral 168 da OC n. 18⁴⁶⁸, que os Estados devem ter políticas migratórias e essas políticas devem respeitar os tratados de direitos humanos. Dessa forma, a decisão do Estado sobre o ingresso de estrangeiros não pode ser tida como submetida exclusivamente aos anseios do Estado. Ela deve, segundo se pode depreender do parecer, seguir os ditames de tratados de direitos humanos, sendo, portanto, possível concluir que existe um direito de ingresso de estrangeiro no sistema interamericano.

Ressalte-se que a OC n. 18 destaca que os Estados têm a obrigação de respeitar as normas internacionais de direitos humanos, devendo agir tanto para promover quanto para não violar tais direitos.

Sobre a igualdade e não discriminação, afirma a CIDH, no item 96, que o tratamento desigual gera responsabilidade internacional do Estado. Nesse caso, fica bastante evidente que cabe ao Estado comprovar que o tratamento diferenciado tem fundamento jurídico, pois, não visão da CIDH, a igualdade tem estatura de *jus cogens* (item 101), sendo, então, necessário que se garanta o acesso igualitário de todos à justiça,

⁴⁶⁸ O inteiro teor disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf

incluindo-se na proteção todos os migrantes (itens 124 a 126), até mesmo os indocumentados (item 160).

Dos itens 160 a 172, na OC n. 18, a CIDH, demonstra a necessidade de, para garantir a igualdade, o Estado criar uma política migratória clara. Deixando bastante evidente, pois tomada de forma unânime, na Opinião, itens 1 a 11, que a igualdade deve ser respeitada, sendo necessário que os Estados especifiquem a sua política migratória com respeito aos direitos humanos, especialmente o acesso à justiça.

Recentemente, em abril de 2011, o Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do Mercosul, que, por não ter legitimidade, foi representado por Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, fez pedido de prolação de Opinião Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre os direitos dos migrantes, especialmente, aqueles aplicáveis a crianças migrantes⁴⁶⁹.

Em tal peça, pede-se à Corte para que determine com maior precisão quais são as obrigações dos Estados com relação às medidas passíveis de serem adotadas a respeito de meninos e meninas, associada a sua condição migratória, ou à de seus pais, à luz da interpretação autorizada dos artigos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e os artigos 1, 6, 8, 25 e 27 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e o artigo 13 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

Segundo o pedido realizado, a análise relativa aos direitos das crianças migrantes deve ter em consideração duas questões gerais centrais de caráter normativo. Em primeiro lugar, a obrigação fundamental do Estado de garantir o acesso aos direitos dos meninos e meninas migrantes em condições de igualdade. Em segundo lugar, a necessidade de realizar uma interpretação ampla e progressiva dos direitos dos meninos e meninas migrantes que se encontram envolvidos nos diferentes temas colocados neste pedido de parecer consultivo. Essa interpretação ampla e progressiva, segundo os solicitantes, deveria integrar-se de forma harmônica com os direitos estabelecidos na Convenção sobre os Direitos da Criança. Afirmando os solicitantes que esse último foi estabelecido pela jurisprudência da Corte, a qual afirmou que tanto a Convenção Americana como a Convenção sobre os Direitos da Criança formam parte de um único corpo jurídico internacional de proteção das crianças. Sendo, então, muito compreensivo que deve servir

⁴⁶⁹ Para se ter acesso ao pedido na íntegra, vale conferir o site, conforme informação disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_por.pdf>. Acesso em: 12 out. 2011.

à Corte para fixar o conteúdo e os alcances da disposição geral definida no artigo 19 da Convenção Americana.

Com tal parecer, poderá ficar mais evidente a limitação do poder do Estado em decidir livremente sobre o ingresso de estrangeiros em seu território. De fato, se há alguma restrição ao poder discricionário do Estado, surge um direito, mesmo que de dimensões pequenas, para o migrante.

6.2.2 Sistema europeu

Nas últimas décadas, a Europa experimentou períodos de incentivo e restrição à migração. A restrição à migração tem sido vista como economicamente vantajosa, o que tem despertado uma preocupação de que a quebra dos obstáculos a ela possa acelerar a crise do emprego. Uma revisão de estudos empíricos sobre a Europa conclui que a migração foi muito benéfica no passado. Novas investigações econométricas sugerem que a migração foi fortemente impulsionada pelos efeitos do ciclo econômico e pelas migrações em cadeia, mas que os processos mudaram com a interrupção do recrutamento em 1973⁴⁷⁰.

A migração é uma questão complexa, em face do caráter extremamente variado de fluxos migratórios. As pessoas migram por razões diversas, permanecem por períodos diferentes e desempenham papéis distintos. Migração é um problema crescente na agenda política da maioria dos países europeus. No novo milênio o debate sobre a migração europeia leva em conta a necessidade de migração de substituição, decorrente do envelhecimento rápido das populações europeias, que já entram em declínio. Além disso, o debate envolve questões sobre a necessidade de trabalhadores qualificados, sobre a migração clandestina e o abuso do direito de asilo, e sobre como combater o tráfico de migrantes. Há todos os indícios de que a importância da Europa como uma região de destino irá aumentar, enquanto países europeus recrutarem migrantes para trabalhar em razão da escassez de competências que está prevista para aumentar nas próximas décadas.

⁴⁷⁰ ZIMMERMANN, K. F. European migration: push and pull. **International Regional Science Review**, v. 19, n. 1-2, p. 95-128. DOI: 10.1177/016001769601900211, 1996. p. 96.

Por mais de 200 anos, a Europa foi a fonte principal de migração do mundo. Na primeira metade do século XX, a Europa era uma terra de emigração, com fluxo operacional, principalmente na direção da América. Essa tendência foi quebrada na segunda parte do século, quando a Europa tornou-se gradualmente o destino para os migrantes internacionais. Também um aumento maciço na imigração europeia começou na década de 1990 e continuou no novo milênio. Como resultado, o número de países europeus com um saldo positivo cresceu muito nas últimas décadas. Em muitos casos, o tamanho do saldo migratório determina se um país tem ainda crescimento da sua população ou se está entrando em uma fase de declínio demográfico. Nas duas décadas que se seguiram ao fim da Segunda Guerra Mundial, os fluxos migratórios ocorreram em maior escala na própria Europa, em especial dos trabalhadores do sul da Europa, Itália, Espanha, Portugal e Grécia – todos países com economias em estagnação e altas taxas de desemprego – para o norte⁴⁷¹. O mesmo pode ser dito dos imigrantes da ex-Iugoslávia, Turquia e África⁴⁷².

Luxemburgo e Reino Unido, em 2005, celebraram um acordo sobre a migração em que foram adotadas várias medidas de asilo, nomeadamente uma diretiva sobre os procedimentos de asilo e um regulamento sobre as fronteiras⁴⁷³. A partir daí, várias novas propostas legislativas importantes surgiram na Europa, em especial em matéria de vistos e imigração irregular. O Reino Unido e a Irlanda continuaram optando por medidas mais focadas no tema da migração legal, vistos e fronteiras, além de conduzirem à regulação e optarem por propostas, em particular, sobre asilo e migração irregular.

Saber o que a Europa deve fazer com relação à migração é um grande desafio. De acordo com o Relatório de Política do Instituto de Economia Internacional de Hamburgo (Hamburgisches WeltWirtschafts Institut – HWWI)⁴⁷⁴, realizar a maximização dos benefícios e a minimização dos custos da imigração significa, v.g., um sistema de admissão flexível e orientada para mercado. A UE deveria, segundo esse relatório, tentar atrair maior número de migrantes qualificados. Os migrantes não econômicos devem ter direito a acesso rápido ao mercado de trabalho, ao reconhecimento de graus e diplomas, à

⁴⁷¹ MILES, R.; THRÄNHARDT, D. **Migration and European integration**. Vancouver: Fairleigh Dickinson Univ Press, 1995. p. 78.

⁴⁷² ZIMMERMANN, K. F. European migration: push and pull. **International Regional Science Review**, v. 19, n. 1-2, pp. 98.

⁴⁷³ PEERS, S. Key Legislative developments on migration in the European Union. **European Journal of Migration & Law**, v. 9, n. 2, p. 229-251. DOI: Article, 2007.

⁴⁷⁴ Disponível em: <http://www.hwwi.org/About_the_HWWI.1798.0.html?&L=1>. Acesso em: 10 maio 2010.

integração dos imigrantes, à integração das crianças com histórico de migrantes (segunda geração), ao idioma e à educação. Os países europeus devem desenvolver formas diferentes de assistência aos imigrantes especiais, como cursos de idiomas e outras medidas educativas, destinadas a prestar assistência e a contribuir para a integração. Essa, no entanto, também seria uma solução que traz violação à igualdade, não sendo discutida a problemática das escolhas trágicas.

Importante destacar que a Europa ocupa uma posição de destaque por conter, em seu território, duas Cortes que analisam questões atinentes a migração. Tanto a Corte Europeia de Direitos Humanos, do Conselho da Europa, sediada em Estrasburgo, quanto o Tribunal de Justiça da União Europeia, sediado em Luxemburgo, decidem sobre o tema.

De acordo com a Corte Europeia de Direitos Humanos, em 2002, em posição expressa na decisão sobre o caso *Boultif vs. Suíça*, o direito de ingresso não está configurado. Dessa forma, os estrangeiros ficam sob o resultado da decisão exclusiva do Estado, sem nenhuma possibilidade de controle externo sobre esse tema⁴⁷⁵.

Nesse caso, que pode ser tomado como paradigmático, um argelino (Boultif) teve a renovação de seu visto de permanência na Suíça negada. Ele, então, buscou a CEDH para que se reconhecesse a violação ao art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Todavia, a Corte de Estrasburgo, baseada em decisão anterior (*Moustaquim v. Bélgica*), reafirmou que não existe o direito de ingresso, porém, como se tratava de negativa de renovação de visto de argelino casado com uma suíça, reconheceu-se a violação a direitos fundamentais. Dessa forma, a limitação à decisão do Estado foi constatada.

Na União Europeia, o Regulamento (CE) n.º 862/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativo às estatísticas comunitárias sobre migração e protecção internacional e que revoga o Regulamento (CEE) n.º 311/76 do Conselho, relativo ao estabelecimento de estatísticas sobre trabalhadores estrangeiros (JO L 199, p. 23), determina o âmbito em que os Estados-Membros transmitem à

⁴⁷⁵ Segundo Convey e Kupiszewski, há necessidade de se criar uma política direcionada à migração e ao ingresso de estrangeiros, o que, no mínimo, seria útil para nortear as decisões de migrantes que para aquele país decidissem se dirigir, nos seguintes termos: “There is an inescapable relationship between the existence of migration movements and the resulting policies which are adopted by the authorities of the area concerned towards encouraging these movements, or more commonly towards attempting to control or to reduce them. This in turn means that the migration researcher must not only look at the effects of policy and changes in policy, important though this is, but must also attempt to understand the changing political factors which fuel the formation of policy.” (CONVEY, A.; KUPISZEWSKI, M. Keeping up with Schengen: migration and policy in the European Union. *International Migration Review*, v. 29, n. 4, p. 939-963, 1995. p. 939).

Comissão das Comunidades Europeias as estatísticas relativas aos fluxos migratórios nos territórios respectivos.

O Tribunal de Justiça da União Europeia, ao se debruçar sobre o espaço de Schengen, instituído pelo tratado de Amsterdam de 1997, declarou, no processo C-1/05⁴⁷⁶ (Yunying Jia v. Migrationsverket), que à luz do acórdão de 23 de Setembro de 2003, Akrich (C-109/01), o direito comunitário não impõe aos Estados-Membros que submetam a concessão do direito de residência a um nacional de um país terceiro, familiar de um cidadão comunitário que tenha feito uso da sua liberdade de circulação, à condição de esse familiar ter anteriormente residido de forma legal noutro Estado-Membro. Além disso, declarou-se que o artigo 1.º, n.º 1, alínea d, da Diretiva 73/148/CEE do Conselho, de 21 de Maio de 1973, relativa à supressão das restrições à deslocação e à permanência dos nacionais dos Estados-Membros na Comunidade, em matéria de estabelecimento e de prestação de serviços, deve ser interpretado no sentido de que se entende por estar a seu cargo o fato de um familiar de um cidadão comunitário estabelecido noutro Estado-Membro, na acepção do artigo 43.º CE, necessitar do apoio material desse cidadão ou do seu cônjuge para prover às suas necessidades essenciais no Estado de origem ou de proveniência desse familiar, no momento em que pede para se juntar a esse cidadão.

O artigo 6.º, alínea b, da mesma diretiva deve ser interpretado no sentido de que a prova da necessidade de apoio material pode ser feita através de qualquer meio apropriado, podendo considerar-se que o simples compromisso, assumido pelo cidadão comunitário ou pelo seu cônjuge, de tomar a seu cargo esse familiar não demonstra a existência de uma situação de dependência real deste. Assim, o Tribunal de Justiça não deu guarida ao direito de ingresso do não comunitário.

⁴⁷⁶ Cf. informação disponível em: <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=pt&newform=newform&jurcdj=jurcdj&docj=docj&docnoj=docnoj&typeord=ALL&numaff=&ddefs=&mdatefs=&ydatefs=&ddefe=&mdatefe=&ydatefe=&nomusuel=&domaine=&mots=schengen&resmax=100&Submit=Pesquisar>>. Acesso em: 14 out. 2011.

PARTE III – O DIREITO DE INGRESSO DO ESTRANGEIRO E SUA EFETIVIDADE NO BRASIL

7 O DIREITO DE INGRESSO DO ESTRANGEIRO: REALIDADE BRASILEIRA, GARANTIA CONSTITUCIONAL E IMPACTO DO ABANDONO DA TEORIA DO LIVRE ARBÍTRIO ABSOLUTO DO ESTADO

Neste Capítulo, a preocupação está direcionada para o ordenamento jurídico brasileiro, o que induz à análise de como os dispositivos da legislação pátria determinam o tratamento a ser dispensado aos estrangeiros.

O Capítulo também examina o papel das instituições no Brasil. O Ministério Público Federal, a Polícia Federal e a Defensoria Pública Federal devem ter o seu funcionamento analisado sob a égide da proteção dos direitos do estrangeiro – o que se pretende fazer nos itens a seguir.

7.1 Um olhar para a realidade brasileira

De acordo com Carvalho Ramos⁴⁷⁷, nos dias atuais, ampliam-se os desafios postos aos estudiosos do direito dos estrangeiros no Brasil, não apenas por haver uma variada gama de situações diferentes enfrentadas pelos estrangeiros no Brasil, mas também por existir uma legislação para muitos ultrapassada no tocante à concretização da democracia.

⁴⁷⁷ CARVALHO RAMOS, A. Direito dos Estrangeiros no Brasil: imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D; PIOVESAN, F. (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**, p. 721-746.

A Lei nº 6.815/1980, conforme mencionado, conhecida como o Estatuto do Estrangeiro, foi criada durante a ditadura militar brasileira, conquanto já nos momentos finais do regime, e demonstra tratar o estrangeiro como uma questão de segurança nacional. Para tanto, como alerta Carvalho Ramos⁴⁷⁸, é necessário que sempre se faça a averiguação de recepção do dispositivo legal analisado pela Constituição Federal de 1988.

Ressalte-se que há claras incompatibilidades entre o discurso do Presidente da República, à época da sanção do Projeto de Lei nº 1.664, aprovado pelo Congresso Nacional em junho de 2009, e o disposto na Lei 6.815/80, mais voltada para a segurança nacional. A lei sancionada em 2009 concedia a anistia aos estrangeiros que estivessem irregulares no País.

No discurso, conforme já exposto, o então Presidente da República defendeu serem injustas as políticas migratórias adotadas em alguns países ricos. Diante dessa assertiva, seria possível imaginar que o Brasil teria uma posição totalmente diferente no tocante aos estrangeiros que para cá se dirigem, no entanto, o País nega direitos fundamentais a esses estrangeiros, pois não permite, *v.g.*, que muitos deles tenham acesso à justiça na zona primária de fronteira, local em que aguardam por seu ingresso.

Apesar de ter passado por diferentes etapas migratórias, sendo ao menos duas delas de grande porte, segundo estudo da Fundação Konrad Adenauer Stiftung⁴⁷⁹, o Brasil precisa se preparar para os desafios que se iniciam ao ser conduzido à posição de destaque pós-crise de 2008. Tornar-se destino de estrangeiros migrantes é uma nova realidade a ser conhecida pelo País, merecendo maior cuidado com sua política migratória, o que requer, portanto, a afinação do discurso.

Pode-se dizer que o *status* de recebedor de estrangeiros não é novidade para o Brasil, que tem a formação de seu povo por migrantes, mas não é algo corriqueiro na história recente do País, em especial a partir da década de 70 do século XX. É imperioso notar que, mesmo nesse período de predomínio de fluxos de saída de brasileiros⁴⁸⁰, há aqueles estrangeiros que se dirigem ao Brasil.

⁴⁷⁸ CARVALHO RAMOS, A. Direito dos Estrangeiros no Brasil: imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**, p. 722.

⁴⁷⁹ FISCHER-BOLLIN, P. (Ed.). **Migración y políticas sociales en América Latina**, p. 60/61.

⁴⁸⁰ Cf. *ibidem*, p. 62.

Nos dias atuais, as migrações de trabalhadores tendo como destino o território brasileiro envolvem, fundamentalmente, estrangeiros sem documentos – os indocumentados, ou chamados de irregulares⁴⁸¹. Por conta da situação irregular dos migrantes, há dificuldade em apurarem-se números e estatísticas governamentais condizentes com a realidade. De acordo com os locais para onde se destinam os estrangeiros, as migrações para o Brasil se concentram nas capitais estaduais e nas regiões de fronteira. São Paulo é o principal destino, mas é possível identificar fluxos recentes para Manaus, Campo Grande, Boa Vista e Rio de Janeiro⁴⁸². Nesses locais, há uma demanda por mão de obra com menor qualificação e para serviços domésticos.

No que tange às regiões de fronteira, as oportunidades de trabalho se concentram no comércio e na agricultura, sendo certo que a falta de fiscalização permite a presença de estrangeiros sem todos os documentos necessários em tais funções⁴⁸³.

Conforme destacado na obra **Migración y políticas sociales en América Latina**⁴⁸⁴, as principais zonas de fronteiras estão no Estado de Roraima, na fronteira com a Venezuela, com cerca de 10 mil bolivianos, que para lá foram em busca de oportunidades de emprego; Estado do Acre, em que não há estimativas numéricas de estrangeiros, mas focados, na grande maioria, na construção civil e no emprego doméstico. Na região da tríplice fronteira, que envolve Brasil, Paraguai e Argentina, destaca-se Foz do Iguaçu, no Paraná, com demanda para serviços no comércio e na agropecuária.

Em Corumbá, a tríplice fronteira envolve Brasil, Bolívia e Peru. Nela a demanda é específica para o setor de serviços. Também há fronteira envolvendo três países – Brasil, Peru e Colômbia –, em Tabatinga, distante 1.105 km de Manaus, com fluxos de migração dos indocumentados, com mão de obra pouco qualificada e baixo nível de instrução⁴⁸⁵.

⁴⁸¹ Segundo CARVALHO RAMOS, A. Direito dos Estrangeiros no Brasil: imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**, p. 731: “O Brasil hoje convive com aproximadamente um milhão e meio de estrangeiros, em números aproximados e inexatos, em face da existência de um contingente não mensurável de imigrantes irregulares. De qualquer modo, como relata SPRANDEL os ‘números são imprecisos e demonstram, sobretudo, a fragilidade da situação do estrangeiro ilegal, que leva a uma invisibilidade potencialmente geradora de abusos e desrespeitos aos direitos humanos fundamentais de qualquer trabalhador migrante’”.

⁴⁸² De acordo com FISCHER-BOLLIN, P. (Ed.). **Migración y políticas sociales en América Latina**, p. 65.

⁴⁸³ “Por su lado, en las fronteras, hay oportunidades de trabajo en comercio y agricultura, siendo que en las zonas de la triple frontera se llevan a cabo negocios de contrabando y narcotráfico” (ibidem, loc. cit.).

⁴⁸⁴ Ibidem, p. 65.

⁴⁸⁵ Ibidem, loc. cit.

É fato, no entanto, que, no País, a cidade de São Paulo abriga a maior quantidade de imigrantes recentes, apesar de haver números a serem considerados em outras capitais. A Pastoral do Migrante, v.g., calcula que existam cerca de 40 mil peruanos em Manaus; também em Rondônia, na cidade de Guajará-Mirim, a Pastoral identificou número sensível de estrangeiros – 10 mil bolivianos, com 75% de irregulares. Em Campo Grande, há 10 mil paraguaios, com quase três mil sem documentação correta⁴⁸⁶. Merece destaque a problemática dos colombianos, que se diferencia da vivenciada pelas demais nacionalidades de migrantes, pois convivem com situação econômica melhor, sendo, em sua maioria, refugiados vítimas dos conflitos internos recentes como o que envolve as chamadas Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC)s⁴⁸⁷.

Outro ponto que requer atenção é a situação dos bolivianos na indústria de roupas na cidade de São Paulo, o que foi objeto de estudo específico⁴⁸⁸ com o propósito de enfrentar a situação de precariedade vivenciada pelos bolivianos migrantes em São Paulo, vítimas até mesmo de escravidão. As propostas para sanar esse problema envolvem a garantia de acesso a direitos fundamentais, com informação a esse grupo vulnerável, além da sensibilização dos nacionais para os efeitos perversos da limitação de direitos a estrangeiros⁴⁸⁹. Em suma, é essa a grande dificuldade que o Brasil vai enfrentar, cada vez com maior frequência, ou seja, encontrar meios para acolher e aplicar as normas de direitos humanos aos estrangeiros.

Os desafios apontados envolvem, especialmente nas fronteiras, o enfrentamento de questões ligadas aos temas de saúde, educação, assistência social e previdência. Será preciso enfrentar o planejamento e a realização de políticas públicas nessas áreas de fronteira para que se possam colher dados necessários destinados à realização da escolha trágica sobre o direito de ingresso do estrangeiro. Isso levando-se em conta que os estrangeiros são sujeitos de direitos.

⁴⁸⁶ FISCHER-BOLLIN, P. (Ed.). **Migración y políticas sociales en América Latina**, p. 65.

⁴⁸⁷ Ibidem, p. 66.

⁴⁸⁸ Ibidem, p. 67: “La mayor población de inmigrantes que ha llegado últimamente a Brasil está compuesta por bolivianos. Considerado El país más pobre de América Latina, los bolivianos migran principalmente para escaparse de la pobreza de las grandes ciudades o de la frágil economía de subsistencia en la cual estaban insertados en las zonas rurales. El ciclo migratorio de bolivianos hacia Brasil comenzó en la década de 1950, con jóvenes de clase media. Sin embargo, fue desde la década de 1990 en adelante que dicho proceso se masificó, siendo hoy, un flujo destacado en los desplazamientos poblacionales latinoamericanos”.

⁴⁸⁹ “Frente a esta situación, habría que promover, por un lado, campañas para esclarecer los derechos laborales en Brasil y, por el otro, sensibilizar a la prensa respecto de los efectos negativos que la generalización de los casos sobre trabajo esclavo puede causar” (ibidem, p. 65).

Com relação aos aludidos direitos, Carvalho Ramos⁴⁹⁰ bem destaca o tema, ao elencar os direitos garantidos aos estrangeiros e lembrar que os tratados de direitos humanos, integrantes do rol garantido aos migrantes, não obedecem à lógica da reciprocidade, devendo ser aplicados, pois formados por obrigações objetivas impostas aos Estados que deles fazem parte. A garantia de direitos aos estrangeiros ganha, assim, relevância e merece ser observada pelo legislador brasileiro. Faz-se mister, pois, que se analisem as consequências da política de garantia de direitos a estrangeiros.

Para McGinnis e Somin⁴⁹¹, como uma forma de melhor estruturar os mecanismos de concessão de acesso à justiça a estrangeiros, é necessário que se amplie a aplicação dos direitos fundamentais, fazendo-os acessíveis aos estrangeiros migrantes como meio de melhor efetivar a democracia do Estado – o que se busca no Brasil, que alicerça as bases para sua recente abertura política. Para tanto, os autores arrolam três razões fundamentais, advogando que a garantia de direitos aos estrangeiros facilita a representação democrática de pessoas que em rigor não possuem voz nos processos de participação popular⁴⁹². Como segunda razão apontada, defendem que a garantia de direitos aos estrangeiros é demonstração de que a democracia está em crescimento, pois tem condições de atentar para as necessidades das minorias. Os autores fazem a ressalva de que seria possível

⁴⁹⁰ Segundo CARVALHO RAMOS, A. Direito dos Estrangeiros no Brasil: imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**, p. 731/732: “Os direitos dos estrangeiros no Brasil podem ser divididos em três grandes categorias. A primeira delas é a categoria dos direitos fundamentais previstos na Constituição. O artigo 5º, caput, estabelece que os estrangeiros (residentes) possuem os direitos elencados no seu corpo.” O autor destaca que o termo residente já foi superado pela doutrina e pela jurisprudência. E continua: “Uma segunda categoria são os direitos fundamentais por irradiação, graças à cláusula aberta do artigo 5º, parágrafo segundo da Constituição, que estabelece que os direitos lá elencados não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil. Assim, os direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, entre outros tratados internacionais de direitos humanos, são também invocáveis pelos estrangeiros. Por fim, há os direitos previstos em leis ordinárias e também em tratados internacionais diversos, em geral bilaterais”.

⁴⁹¹ MCGINNIS, J. O.; SOMIN, I. Democracy and International Human Rights Law (July 01, 2009). Notre Dame Law Review, v. 84, n. 4, p. 1.739-1.798, May 2009; Northwestern Public Law Research Paper n. 08-08; George Mason Law & Economics Research Paper n. 08-19. Disponível em: <<http://ssrn.com>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

⁴⁹² Ibidem, p. 1.793: “There are, however, three important reasons why there is a stronger representation-reinforcement argument for imposing migration rights on democratic states than other possible international law norms. First and most important, migration rights facilitate the representation of people who have no voice whatsoever in existing democratic processes in entry states. In the case of those whose states of origin are nondemocratic, they lack any representation in any democratic process anywhere. This situation is qualitatively different from that of citizens of established democracies, who generally have at least some substantial voting rights, even if imperfect ones. One possible analogy within a democracy is the situation of black Americans in the Jim Crow era South, at a time when they were denied the right to vote. Yet even they could potentially gain that right by migrating to the North, as many in fact did. By contrast, citizens of nondemocratic nations have no hope of gaining the franchise unless they are allowed to migrate to a democracy.”

restrição de direitos aos estrangeiros, quando hostis a sistemas democráticos⁴⁹³. A terceira razão para se garantirem direitos aos estrangeiros é fazer que pessoas de países autoritários e pobres, segundo os autores, possam passar a conviver com uma estrutura mínima de bem-estar social, o que serviria para difundir a consciência democrática pelo mundo⁴⁹⁴.

A globalização, nesse contexto, é o motor para a difusão da democracia e para o aprofundamento dos casos envolvendo estrangeiros. Segundo Law⁴⁹⁵, a globalização afeta de forma direta os direitos garantidos constitucionalmente, devendo ser interpretados com base nessa realidade além fronteiras.

⁴⁹³ MCGINNIS, J. O.; SOMIN, I. Democracy and International Human Rights Law (July 01, 2009). Notre Dame Law Review, v. 84, n. 4, p. 1.739-1.798, May 2009; Northwestern Public Law Research Paper n. 08-08; George Mason Law & Economics Research Paper n. 08-19. Disponível em: <<http://ssrn.com>>. Acesso em: 17 jul. 2011. p. 1.794: "Second, most potential representation-reinforcing reforms for democratic states are subject to serious disagreement on the merits. [...] By definition, a mature democracy is likely to already provide those representation-reinforcing policies whose democracy promoting elements are beyond serious contestation. Therefore, there is a strong case for avoiding the imposition of a single, unitary international rule on widely controversial aspects of the democratic process. Obviously, migration rights are also highly disputed on a variety of grounds. However, there is little if any doubt that extending them would promote democracy from the standpoint of the migrants, whose ability to choose the form of government they live under would be greatly increased. As noted above, we are willing to accept restrictions on migration rights where migration would undermine democracy by introducing an extremely large population of immigrants hostile to basic liberal democratic values."

⁴⁹⁴ Ibidem, p. 1.794: "Finally, an additional reason for giving preference to migration rights is the truly enormous gains in human well-being that might result from enabling residents of poor and undemocratic regimes freer access to more advanced and more liberal societies. The income gains alone are staggering. A Mexican worker immigrating to the United States, for example, can expect a permanent two-to-sixfold increase in his or her wages. Gains in protection for basic human rights are potentially even greater. Numerous governments engage in extensive repression of ethnic, religious and other types of minority groups. Often, the repression exceeds anything found in liberal democratic states. In the most extreme (but far from uncommon) cases, genocide and mass murder have led to the deaths of over 200 million people during the past century. Lesser but still severe forms of group repression also abound under authoritarian and totalitarian governments. If even a small fraction of those suffering from such abuses can avail themselves of the opportunity to migrate to freer societies, the potential human rights benefits would be enormous. Some might contend that the poorest and most oppressed are unlikely to be able to migrate. That will certainly be true in the case of many people. However, history shows that even severely oppressed people often emigrate if allowed entry by liberal democratic states. Examples include the Vietnamese and Cambodian "boat people" Who fled highly oppressive totalitarian regimes in the 1970s and 1980s. Recent studies show that a liberalization of immigration regimes by advanced nations would lead to enormous wage gains by migrants from many of the world's poorest countries. Not all of the world's poor and oppressed populations are mobile; but enough are to ensure that freer international migration would lead to major benefits for them. Some of the potential representation-reinforcement gains from migration rights could be realized even if the migrants were not granted full citizenship rights by their host countries, and were instead brought in as temporary guest workers. Such migrants could still greatly increase their economic well-being and be able to 'vote with their feet,' thereby exercising some choice over the policies they wish to live under. Guest worker programs in Germany, Singapore, and elsewhere have offered valuable opportunities to migrants from poor countries. These programs extend migration rights to citizens of poor and oppressed societies without allowing them to dilute the voting power of current residents of liberal democratic states."

⁴⁹⁵ LAW, D. S. Globalization and the Future of Constitutional Rights. 102 Northwestern University Law Review 1277 (2008); San Diego Legal Studies Paper n. 07-91. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=975914>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

Bratton, McCahery e Vermeulen⁴⁹⁶ entendem que a circulação de pessoas pelo mundo impacta diretamente a formação do direito do país, o que deve também acontecer no Brasil. Em razão disso, a interpretação das normas jurídicas brasileiras deve passar pela garantia de direitos e de instrumentos para sua efetivação. Gordon⁴⁹⁷, por sua vez, salienta que há necessidade de se construir uma cidadania transnacional para que os direitos possam ser garantidos além das fronteiras nacionais.

Percebe-se, no entanto, que o sistema democrático, cuja implantação no Brasil começou a ser feita a partir da Constituição Federal de 1988, exige que sejam criados instrumentos de acesso à justiça para os estrangeiros, o que envolve diretamente as estruturas do Estado brasileiro.

A problemática da imigração no Brasil está sob a coordenação do Conselho Nacional de Imigração (CNIg). Trata-se de um órgão colegiado, criado pela Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980 e vinculado ao Ministério do Trabalho, com organização e funcionamento definidos pelos Decretos nº 840, de 22 de junho de 1993, e nº 3.574, de 23 de agosto de 2000.

O CNIg tem por finalidade, entre outras funções, formular a política de imigração; coordenar e orientar as atividades de imigração; efetuar o levantamento periódico das necessidades de mão de obra estrangeira qualificada, para admissão em caráter permanente ou temporário; definir as regiões de que trata o art. 18 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, e elaborar os respectivos planos de imigração; promover ou fornecer estudos de problemas relativos à imigração; estabelecer normas de seleção de imigrantes, visando proporcionar mão de obra especializada aos vários setores da economia nacional e captar recursos para setores específicos; dirimir as dúvidas e solucionar os casos omissos, no que diz respeito a imigrantes; opinar sobre mudança da legislação pertinente à imigração, quando proposta por qualquer órgão do Poder Executivo.

⁴⁹⁶ BRATTON, W. W. et al. Does Corporate Mobility Affect Lawmaking? A Comparative Analysis (January 2008). ECGI – Law Working Paper n. 91/2008; Georgetown Law and Economics Research Paper n. 1086667; Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper n. 2008-01. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1086667>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

⁴⁹⁷ GORDON, J. Transnational Labor Citizenship. **Southern California Law Review**, v. 80, p. 503, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=943061>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

Nota-se, pois que, embora vinculado ao Ministério do Trabalho, suas ações refletem em muitos outros ministérios, em particular quando analisadas questões atinentes a direitos sociais⁴⁹⁸.

De certa maneira, apesar da importância e complexidade das migrações pelo mundo, o tema está aparecendo na agenda governamental brasileira, não sendo possível afirmar que existe no País uma política pública focada na migração⁴⁹⁹. Para garantir a aplicação da sua Lei Maior, o Brasil deverá construir políticas públicas destinadas aos migrantes e, acima de tudo, aplicá-las, tendo em vista o rol de direitos garantidos aos estrangeiros.

A dúvida que resta nesse ponto é se os direitos humanos são levados a sério no Brasil, e se o direito dos estrangeiros seriam, assim, protegidos. Essa é a questão levantada por Carvalho Ramos⁵⁰⁰, pois percebe o autor que há uma clara dissonância entre o que se identifica de prática no Brasil e o que se determina pelos compromissos internacionais aos quais o País se vinculou, inclusive no âmbito judicial, que em rigor se afasta do diálogo necessário entre as cortes, mormente entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos⁵⁰¹.

Nota-se, portanto, o longo caminho a ser trilhado pelo Brasil, tanto na construção de políticas para os migrantes quanto na garantia de direitos fundamentais, que não deve ser de acordo com a visão brasileira, mas pautada pelo necessário diálogo das cortes, conforme explanado por Carvalho Ramos^{502 503}. De fato, há dois patamares de efetivação

⁴⁹⁸ Conforme FISCHER-BOLLIN, P. (Ed.). **Migración y políticas sociales en América Latina**, p. 65.

⁴⁹⁹ De acordo com o exposto na obra **Migración y políticas sociales en América Latina**: “El Consejo Nacional de Inmigración, aunque sea el organismo formalmente encargado de formular políticas públicas, no es el ente ejecutor de las directrices que estipula. Este Consejo recomienda, sugiere, dialoga, organiza, pero no tiene mecanismos ni *enforcement* para implementar sus decisiones.” (ibidem, p. 65).

⁵⁰⁰ Cf. CARVALHO RAMOS, A. O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: SARMENTO, D.; SARLET, I. W. (Coord.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011. p. 3/36.

⁵⁰¹ Segundo Carvalho Ramos: “Nesse ponto, há de se valorizar a atividade de ponderação de interesses que é desenvolvida, sem maiores traumas, pelos órgãos internacionais judiciais ou quase-judiciais de direitos humanos”. E continua o autor, demonstrando sua preocupação, nos seguintes termos: “Mas, chegamos ao ponto do problema: não é suficiente assinalar, formalmente, os direitos previstos no Direito Internacional, registra com júbilo, seu estatuto normativo de cunho constitucional e usar, no limite, fórmulas de primazia da norma mais favorável. Esse esquema tradicional de aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos não é mais adequado para levarmos os direitos humanos internacionais a sério” (Ibidem, p. 32).

⁵⁰² É oportuno consultar CARVALHO RAMOS, A. de. O diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, A. do; JUBILUT, L. L. (Orgs.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**, p. 805-850.

⁵⁰³ Sobre a relação entre tratados e Constituição Federal, cf. DALLARI, Pedro B. A. . *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

dos direitos humanos, sendo possível identificar um primeiro em que se reconhecem os textos legais, com a vinculação dos Estados aos tratados internacionais de direitos humanos. E o segundo surgiria no momento em que se concretizasse o diálogo das cortes, como indicado por Carvalho Ramos.

7.2 O direito de ingresso constitucionalmente adequado no Brasil

Considerados os avanços internacionais no tocante à circulação de pessoas, tanto no mundo físico quanto no mundo jurídico, é certo que o Brasil não ficaria imune a suas consequências. Também por aqui, é possível identificar que o direito de ingresso do estrangeiro está configurado.

Sem que haja fundamento na limitação de direitos sociais dos nacionais, o que justificaria a escolha trágica, não seria possível o impedimento de entrada de estrangeiro na fronteira brasileira, o que se deve não apenas à vinculação do Brasil aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, mas igualmente à garantia de direitos a estrangeiros feita pela Constituição Federal.

O Brasil terá superado a fase de tratar o estrangeiro como inimigo, o que haveria ocorrido até o final da vigência da Constituição Imperial de 1824, conforme salienta Carvalho Ramos⁵⁰⁴. Após essa Carta constitucional, houve várias outras fases em que o estrangeiro teve a diminuição de direitos, porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, todas elas perderam o sustento jurídico. A Lei Maior hodierna garante direitos aos estrangeiros, tendo sido superada pela doutrina e pela jurisprudência⁵⁰⁵ a restrição de seu texto que limitava aos estrangeiros residentes os direitos garantidos no art. 5º, *caput*.

⁵⁰⁴ CARVALHO RAMOS, A. Direito dos Estrangeiros no Brasil: imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**, p. 726: “A desconfiança em face ao estrangeiro era tamanha que o artigo 91, relativo aos direitos políticos, diferenciava o cidadão brasileiro do ‘estrangeiro naturalizado’, que era excluído de altos cargos da administração imperial. [...] Além disso, existiam várias restrições aos estrangeiros expressas em leis infraconstitucionais. Entre elas, cito a impossibilidade de advogar, de requerer *habeas corpus*, de assumir a direção de um colégio, entre outros, sendo possível a expulsão de estrangeiro dito nocivo por ato de soberania, sem que houvesse menção a processo administrativo ou decisão judicial”.

⁵⁰⁵ Ibidem, p. 730.

Com a Constituição Federal de 1988, inaugura-se a fase da igualdade e garantia⁵⁰⁶, em que são estendidos a todos os estrangeiros, independentemente do local de residência, os direitos provenientes dela ou de tratados internacionais, por força do disposto no art. 5º, § 2º, do texto constitucional.

A existência da garantia de direitos sociais exige que o Estado brasileiro se prepare para a realização das escolhas trágicas. Para tanto, é necessário que o País consiga quantificar o que é exigido para garantir os referidos direitos e em que medida o ingresso impactaria na efetivação deles.

Podem ser identificados alguns direitos sociais mais sensíveis ao ingresso de estrangeiros, como saúde, educação, assistência social e previdência social. Nesses pontos, deveria haver estudos que indicassem qual é o impacto do ingresso de estrangeiros e qual a extensão desse ingresso que poderia trazer comprometimento aos direitos sociais protegidos.

Esse papel ficaria a cargo do Conselho Nacional de Imigração, que deveria apontar os reflexos e em que momento seria razoável a realização da escolha trágica, o que deve sempre, por força do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, passar pela análise do Poder Judiciário.

Para que o acesso à justiça se concretize, no entanto, é necessário preparar uma estrutura que acolha o estrangeiro e que permita a ele discutir judicialmente a sua situação.

Em face do histórico brasileiro, em particular no tocante à proteção do refugiado, o trabalho tem um horizonte bastante árduo. De fato, como se pode inferir do caso de solicitantes de refúgio explanado por Carvalho Ramos⁵⁰⁷, relatando o embate entre Ministério Público Federal e Polícia Federal sobre o tema envolvendo o ingresso de refugiado, a declaração do direito, não importando se no âmbito interno ou no internacional, ou em ambos, não basta para que se efetive a norma positivada no instrumento.

⁵⁰⁶ Ibidem, loc. cit.

⁵⁰⁷ CARVALHO RAMOS, A. Direito dos Estrangeiros no Brasil: imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**, p. 741: “Ficou registrado, para a história, o desafio da aplicação da Lei 9.474/97, já que até a cúpula da Polícia Federal demonstrava não concordar com seu texto. Na ótica policial daquele momento, o fato da lei de autorizar a entrada automática do solicitante de refúgio teria deixado ‘vulnerável o país’ (sic), ao invés de ser considerado dispositivo avançado e compatível com a dignidade humana e direitos fundamentais do refugiado”.

Este tese se propõe a expor, assim, um rol de ações necessárias para que o Estado brasileiro garanta aos estrangeiros que pleiteiam ingresso, ao menos, o acesso à Justiça, a fim de que eles possam submeter ao Judiciário os argumentos que poderiam pautar a sua busca pelo ingresso, podendo haver, assim, a judicialização da escolha trágica levada a cabo pelo Poder Executivo, ao impedir o ingresso do migrante.

A construção da política de imigração, fundada em dados que demonstrem a necessidade da escolha trágica, poderá auxiliar, conforme assinalado, o fortalecimento da democracia brasileira, além de permitir que se avance no campo da difusão de direitos fundamentais pelo mundo. Segundo Law⁵⁰⁸, ao analisar a necessidade de uma política migratória nos Estados Unidos, a migração, quando bem coordenada em termos políticos, pode trazer avanços competitivos para o país, além de contribuir na construção e no aprofundamento da democracia, pois, segundo ele, democracia e garantia de direitos estão umbilicalmente conectados.

Além disso, também para Law⁵⁰⁹, pode ser dito, com alto grau de certeza, segundo ele, que a garantia de direitos traz diferenciais competitivos para os Estados, em uma visão econômica do tema. O autor conclui⁵¹⁰ que as vantagens competitivas somente serão

⁵⁰⁸ Cf. LAW, D. S. Globalization and the future of Constitutional Rights. 102 Northwestern University Law Review 1277 (2008); San Diego Legal Studies Paper n. 07-91. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=975914>>. Acesso em: 17 jul. 2011: “Democracy and rights are so closely connected in both theory and practice that it is difficult to explain either phenomenon in isolation from the other. As a theoretical matter, it can be argued that the very concept of democracy is synonymous with respect for a certain bundle of personal and political rights: on this view, any measure of democratization would necessarily be a measure of respect for rights as well, and vice versa. As a practical matter, democracy and respect for individual rights should be strongly correlated because democratic states tend to have the kinds of institutions necessary for the observance and enforcement of such rights. Consistent with expectations, scholars have indeed found such a relationship. It is therefore difficult to say whether democratization explains increasing protection for rights, or vice versa. Similarly, it is unclear whether, or to what extent, the relationship between globalization and rights is merely an indirect byproduct of the relationship between globalization and democratization”.

⁵⁰⁹ Ibidem: “What can be said with confidence is that effective guarantees of tolerance and freedom confer a competitive advantage in the global labor market that can help states to attract and retain valuable human capital. Would-be migrants may ordinarily be reluctant, for example, to abandon a home country in which they are members of the linguistic and religious majority in exchange for a host country in which they constitute a minority. But constitutional policy can close the gap between the comforts of home and those of a foreign land by establishing an environment in which migrants remain free to use their own languages and practice their own religions with government protection, if not actual support. It is also much cheaper to attract skilled workers by offering an environment of freedom and tolerance than to do so by offering additional financial incentives. Unlike higher wages, the legal rights and privileges of life in a liberal state are a public good that can be extended to additional persons at little or no extra cost to either the state or private employers”.

⁵¹⁰ Ibidem: “None of these competitive advantages can be realized, however, if countries do not reform their immigration policies to facilitate the entry of skilled workers. No country can compete effectively for human capital in the global labor market until it first *chooses* to compete. For an authoritarian state, the decision to compete requires the abandonment of oppressive practices that are abhorrent to skilled workers, not to mention ordinary citizens. [...] American policy, by comparison, lacks focus and fails to exploit this

alcançadas pelos países, tanto no campo econômico quanto no democrático, quando houver reforma das políticas de ingresso de estrangeiros vigentes. Ou seja, segundo o autor, a aplicação dos direitos humanos também teria reflexos no campo econômico⁵¹¹.

A motivação econômica, no entanto, não deve ser a única a guiar o Brasil na construção de uma política de imigração que garanta o ingresso do estrangeiro⁵¹², nos limites postos pela Constituição Federal e pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

A garantia do direito de ingresso e do tratamento igualitário ao estrangeiro, sem que haja violação à universalidade de direitos humanos⁵¹³, é um preceito constitucional decorrente não apenas do texto do art. 5º da Lei Maior, como também dos princípios da proteção à dignidade humana, (art. 1º), e da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inc. II)⁵¹⁴. No art. 4º, é oportuno ainda destacar o parágrafo único, que traria uma demonstração

country's many advantages in the global competition for human talent. For example, the United States boasts a disproportionate share of the world's greatest universities, yet it is increasingly an ordeal for foreign graduates of those universities to remain here permanently. Progressives have found much to dislike about globalization and the operation of global markets. But constitutional competition for human talent, at least, ought to be considered a good thing⁷.

⁵¹¹ Sobre as escolhas econômicas das Constituições, recomenda-se a leitura de TRIBE, L. H.; DORF, M. C. **On reading the Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 65.

⁵¹² É pertinente destacar GOLDSMITH, J. L.; LEVINSON, D. J. Law for States: International Law, Constitutional Law, Public Law (February 10, 2009). Harvard Law Review, 2009; Harvard Public Law Working Paper n. 09-16. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1340615>>. Acesso em: 17 jul. 2011. Esses autores advogam que o papel dos Estados na proteção dos direitos humanos apenas faria sentido se em consonância com a interpretação internacional dada à norma, mas reconhecem a falta desse órgão que faria a interpretação, nos seguintes termos: "The crucial role of state institutions in coordinating public understandings of the sources and proper interpretation of legal norms has long been a reason for skepticism about international law. International society lacks a super-state – including a super-legislature and a super-judiciary – to create the kind of consensus about operative legal norms that these institutions enable within states. This is why cosmopolitan theorists have long argued for creating a global legislature and court to govern world affairs. In fact, the development of international institutions has proceeded some distance, and the number and density of international institutions continues to increase. But the international system is still a long ways from establishing anything like a single, comprehensive global legislature or court. The difficulty of creating such institutions, or duplicating their functions in through some other institutional arrangement, leads to pessimism about whether the international system can ever hope to achieve the level of consensus and certainty that is thought to characterize well-developed systems of domestic law – which, by definition, already have the institutions of an up-and-running state at their disposal" (ibidem, p. 10).

⁵¹³ Sobre a dificuldade de aplicação da universalidade dos direitos humanos, é recomendável consultar RAZ, J. Human Rights in the Emerging World Order, nov. 2009. (2010) 1 Transnational Legal Theory 31–47. Columbia Public Law Research Paper n. 09-219; Oxford Legal Studies Research Paper n. 47/2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1497055>>. Acesso em: 17 jul. 2011: "The synchronic universality of human rights raises the bar for any claim that any particular human right exists. As I have already intimated, many theoretical writers and political activists ignore the difficulty of the task their advocacy faces because they labour under the illusion that all they need to do is to point to the importance of the alleged right or its object to the putative right-holders. They neglect the need to establish a case for holding others to be under a duty to secure, at least to some degree or in some ways, the right-holders' enjoyment of the rights. I will point to two kinds of difficulties in establishing the case for such a right: difficulties to do with process, and difficulties to do with content".

⁵¹⁴ A interpretação constitucional sofre os efeitos da globalização, devendo, assim, também serem considerados internamente os parâmetros interpretativos internacionais, conforme salienta TUSHNET, M. V.

mais explícita de que a integração almejada pela Constituição Federal envolve os povos, ultrapassando a integração exclusivamente econômica.

7.3 O impacto no Brasil do abandono da teoria do livre arbítrio absoluto do estado – tomando os direitos do ingresso do estrangeiro a sério

O Brasil, conforme exposto, ainda não construiu uma política migratória que leve em conta os temas atinentes aos direitos sociais e ao ingresso de estrangeiros. O impacto dessa mudança de paradigma mundial, de início, apenas será sentido no momento em que houver, internamente, estruturas, respeitando o determinado na Constituição Federal, que permitam ao estrangeiro acesso à justiça.

A judicialização do tema poderá fazer que se construam políticas migratórias. Da mesma forma em que a judicialização de questões ligadas à saúde e à educação exigem que o Estado passe a deixar claras suas políticas públicas⁵¹⁵, ao menos, para justificar suas decisões, muitas vezes escolhas trágicas, perante o Judiciário. Para tanto, é pertinente analisar a aplicação do Parecer nº 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, além da atuação das instituições brasileiras.

7.3.1 A aplicação da Opinião Consultiva nº 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil e a coisa julgada interpretada

The Inevitable Globalization of Constitutional Law (December 18, 2008). Hague Institute for the Internationalization of Law; Harvard Public Law Working Paper n. 09-06. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1317766>>. Acesso em: 17 jul. 2011. Sobre o tema, também é oportuno conferir DUNOFF, J. L.; TRACHTMAN, J. P. A functional approach to global constitutionalism (December 5, 2008). Harvard Public Law Working Paper n. 08-57; Harvard Public Law Working Paper n. 08-57; Temple University Legal Studies Research Paper n. 2009-11. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1311983>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

⁵¹⁵ Para uma interessante análise da proteção dos direitos humanos e o direito social à saúde, que pode servir de base para o pensamento nos demais direitos sociais, recomenda-se consultar FARMER, P. **Pathologies of Power** – Health, human rights, and the new war on the poor. Los Angeles: University of California Press, 2009. p. 213.

Já antevendo a possibilidade de que a Opinião Consultiva não tivesse espaço de aplicação no âmbito interno dos Estados, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em seu Numeral 165, faz menção expressa ao art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, o qual determina ser impossível não cumprir um tratado internacional por questões de ordem interna. Faz isso, pois, de fato interpreta normas internacionais e demonstra que a maneira de se considerar que foram aplicadas as normas internacionais passa, necessariamente, pela interpretação dada à norma pelo intérprete internacional⁵¹⁶.

A importância da Opinião Consultiva⁵¹⁷ repousa no fato de ela ter determinado, por votação unânime, que os Estados devem construir uma política de migração que respeite os direitos fundamentais, estabelecendo, já na sua primeira colocação decisória, que os

“Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental”.

A referida Opinião também afirmou a necessidade de que as aludidas políticas respeitem direitos humanos no seu Numeral 168, determinando que os objetivos das políticas migratórias devem ter presente o respeito pelos direitos humanos.

Também merece destaque na OC/18 a alusão expressa ao devido processo legal, o que pressupõe o acesso à justiça, conforme consta no numeral 7 do dispositivo, determinando que

“[...] el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna”.

A aludida determinação exige que se construa uma estrutura de acesso à justiça ao estrangeiro que pleiteia o ingresso, sendo, portanto, necessário que o Brasil atenda a essa determinação⁵¹⁸, uma vez que está vinculado às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁵¹⁹.

⁵¹⁶ Assim dispõe, no nº 165, a OC/18: “Este Tribunal considera indispensable recordar lo señalado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual señala, al referirse al derecho interno y a la observancia de los tratados, que: ‘[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado’.”

⁵¹⁷ CLEVELAND, S. H. Legal status and Rights of undocumented workers. Advisory Opinion OC-18/03. **The American Journal of International Law**, v. 99, n. 2, Apr. 2005, p. 460-465.

⁵¹⁸ Sobre o tema da aplicação interna das decisões internacionais, é relevante destacar o entendimento de Carvalho Ramos: “A prática reiterada dos Estados e das Cortes Internacionais é considerar o Direito Interno

O desafio, no entanto, é conseguir fazer a referida implementação em uma zona historicamente conhecida como um local de livre atuação do Estado. É, porém, certo que os Estados, ao menos os do sistema interamericano, têm de dar espaço para o devido processo legal como direito do estrangeiro, de acordo com a OC/18, devendo esse obstáculo ser vencido, e a zona primária de fronteira estruturar-se para também ouvir os clamores dos migrantes. É o que será visto adiante.

A Opinião Consultiva nº 18 exige, assim, que o Brasil estruture mecanismos ou ofereça a sua já existente gama de instituições para acesso ao estrangeiro. É pertinente notar que, conforme antevisto nessa Opinião Consultiva, não devem prosperar argumentos fundados em normas internas brasileiras.

Carvalho Ramos⁵²⁰ relembra que, no caso *Cesti Hurtado (Comissão vs. Peru)*, apesar das alegações de violações às normas internas peruanas, na eventualidade de cumprimento da decisão da Corte, ela apenas teria reiterado a necessidade de cumprimento das suas decisões, sendo as normas internas não passíveis de criar obstáculos à aplicação das normas internacionais.

7.3.2 A implementação de direitos na zona de fronteira

A zona de fronteira é um local de vulnerabilidade para os indivíduos, em particular para os estrangeiros. Nesse espaço, o Estado almejado ainda não recebeu o migrante, porém, este já está longe de seu Estado de origem.

Essa situação preocupante foi descrita por Carvalho Ramos⁵²¹, quando relatou caso concreto no qual, sem a atuação fiscalizadora de agentes públicos na zona primária de

um ‘mero fato’, que expressa a vontade do Estado. Ou seja, não se reconhece sequer o caráter jurídico das mesmas normas, uma vez que o Direito Internacional possui suas próprias fontes normativas e o Estado (sujeito primário do Direito Internacional, por possuir, além da personalidade jurídica, também capacidade legislativa) é considerado *uno* perante a comunidade internacional” (CARVALHO RAMOS, A. O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: SARMENTO, D.; SARLET, I. W. (Coord.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**, p. 22).

⁵¹⁹ Ibidem, p. 21.

⁵²⁰ CARVALHO RAMOS, A. O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: SARMENTO, D.; SARLET, I. W. (Coord.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**, p. 23: “A Corte Interamericana de Direitos Humanos, laconicamente, limitou-se a afirmar que tais argumentos não eram compatíveis com as obrigações internacionais contraídas pelo Peru, mostrando que as normas internas são fatos, que se ofensivos às obrigações internacionais, ensejam pronta reparação dos danos causados”.

⁵²¹ CARVALHO RAMOS, A. Direito dos Estrangeiros no Brasil: imigração, direito de ingresso e os direitos

fronteira, os agentes da polícia federal agiam de forma ilegal substituindo o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE) e, por que não dizer, o próprio Poder Judiciário.

O autor ressalta, ainda, que importante precedente foi levado à discussão no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, porém, só pôde acontecer pelo fato de que familiares do estrangeiro que estava passando por limitação de seus direitos submeteram seu pleito ao Judiciário, por meio de um *habeas corpus*. Isso permite dizer que o acesso à justiça é fundamental para a proteção de direitos, pois muitos outros casos podem não ter alcançado os tribunais.

Dessa maneira, para que haja maior possibilidade de acesso, é importante destacar o papel do Ministério Público Federal, da Defensoria Pública Federal e da Polícia Federal nesse cenário.

Decerto, todos esses órgãos devem atuar sob a luz da Constituição Federal, e assim atuam, porém, a possibilidade de que os atos sejam reanalisados especialmente pelo Judiciário pode permitir que a proteção ao estrangeiro seja implementada.

7.3.2.1 O papel do Ministério Público Federal e da Polícia Federal

Conforme dispõe a Constituição Federal brasileira, no art. 129, as funções institucionais do Ministério Público, do qual faz parte o Ministério Público Federal, envolvem zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados pela Lei Maior, promovendo as medidas necessárias à sua garantia, além de exercer o controle externo da atividade policial.

O Ministério Público Federal poderia fazer, dessa maneira, o controle da atuação da Polícia Federal na zona de fronteira, criando estruturas para tanto, e, além disso, zelar pelo cumprimento dos tratados internacionais aos quais o Brasil se vinculou.

A Polícia Federal, por seu turno, como atua diretamente na zona de fronteira, deveria superar o tratamento do estrangeiro como um questão de segurança nacional e adentrar a etapa de igualdade de direitos, inaugurada pela Constituição Federal de 1988.

De acordo com a referida Lei Maior, a Polícia Federal é responsável por exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras (art. 144, § 1º, inc. III, da CF). Apesar de poder agir nesse ponto, não é possível que o faça ao arrepio do direito, não podendo ser tida como substituta do CONARE ou do Poder Judiciário⁵²². A atuação da Polícia Federal deve ser controlada e analisada pelo Ministério Público Federal e por outros órgãos do Estado brasileiro – em especial, abrindo-se a possibilidade de manifestar-se o Poder Judiciário sobre o caso. Se não for assim, o acesso à justiça, a separação dos poderes – particularmente no que concerne à concretização dos freios e contrapesos – e a inafastabilidade do Poder Judiciário seriam princípios constitucionais violados nesse espaço.

7.3.2.2 O acesso à justiça e o papel fundamental da Defensoria Pública Federal

De acordo com o então Secretário-geral das Nações Unidas, Kofi Annan⁵²³, o acesso à justiça é fundamental para a proteção dos direitos humanos, devendo as instituições locais ser fortalecidas para que não se perpetuem situações de injustiça.

O acesso à justiça também é importante componente para medir o desenvolvimento do País, pois se trata de uma parte vital do mandato do PNUD com a finalidade de reduzir a pobreza e fortalecer a governabilidade democrática. No contexto mais amplo da reforma

⁵²² Recomenda-se a leitura de manifestação do Diretor da Polícia Federal, quando se discutia a identificação do *status* de refugiado, relatada por Carvalho Ramos, ao apresentar resposta da Polícia Federal na Representação nº 1.34.001.004122/2001-11 (Ministério Público Federal no Estado de São Paulo) nos seguintes termos: “Instado a manifestar, o Diretor do Departamento da Polícia Federal a época afirmou que a ‘[...] capacidade de discernimento do policial federal atuante nos portos, aeroportos e fronteiras é reconhecida pelo Comitê Nacional para Refugiados quando os orienta a entrevistar, já no ponto de fiscalização, o estrangeiro que se apresenta como solicitante de refúgio. Imagina-se se o policial federal não pudesse agir a partir da alegação de perseguição religiosa feita por um português ou após a alegação de condições desumanas de vida a um sueco. Imagina-se, ainda, como ficaria vulnerável o país se não houvesse discricionariedade do oficial de imigração’.” (CARVALHO RAMOS, A. Direito dos Estrangeiros no Brasil: imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**, p. 741).

⁵²³ O Secretário-geral assim se expressou: “The United Nations has learned that the rule of law is not a luxury and that justice is not a side issue. We have seen people lose faith in a peace process when they do not feel safe from crime. We have seen that without a credible machinery to enforce the law and resolve disputes, people resorted to violence and illegal means. And we have seen that elections held when the rule of law is too fragile seldom lead to lasting democratic governance. We have learned that the rule of law delayed is lasting peace denied, and that justice is a handmaiden of true peace. We must take a comprehensive approach to Justice and the Rule of Law. It should encompass the entire criminal justice chain, not only police, but lawyers, prosecutors, judges and prison officers, as well as many issues beyond the criminal justice system. But a ‘one-size-fits-all’ does not work. Local actors must be involved from the start. The aim must be to leave behind strong local institutions when we depart”. (Kofi Annan, no **Relatório sobre Acesso à Justiça do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud)**, de 2004).

da justiça, nicho específico do PNUD, proclama-se como necessário o apoio à justiça e à criação de sistemas relacionados, a fim de que eles funcionem para os pobres e desfavorecidos, identificados no presente caso como os estrangeiros.

O implemento do acesso à justiça é também consistente com o forte empenho do PNUD para que a Declaração do Milênio alcance seus objetivos, a fim de, conforme relatório do PNUD publicado em março de 2004, capacitar os pobres e desfavorecidos a encontrar soluções para combater a injustiça e fortalecer os laços entre as estruturas formais e informais, extirpando preconceitos inerentes a ambos os sistemas. Tudo isso poderá fornecer acesso à justiça para aqueles que de outra forma dele seriam excluídos.

Entende-se, pois, que, assim como o direito internacional, no final da Segunda Guerra Mundial, foi relevante para a proteção dos direitos de primeira geração, é identificável agora a sua atuação para diligenciar em prol da concretização dos direitos sociais.

No caso da zona de fronteira, a presença da Defensoria Pública Federal é o meio de se permitir acesso do estrangeiro à justiça, em especialmente daquele que pleiteia o ingresso. Não é diferente o mandamento constitucional ínsito no art. 134, reconhecendo que a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição Federal brasileira.

O Estado brasileiro deve, portanto, garantir ao estrangeiro o caminho da Defensoria Pública, que necessita estar preparada para atender às demandas nas zonas de fronteira, pois o acesso é garantido a todos, nacionais ou estrangeiros – esses, os estrangeiros, na zona de fronteira, estão em situação de vulnerabilidade; e a Defensoria, relembre-se, tem esse papel institucional estabelecido constitucionalmente.

É certo, ainda, que a Defensoria Pública Federal, como determinado pela Lei Complementar nº 132/2009, que alterou a Lei Complementar nº 80/1994, tem, entre outras, as funções de prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando ao acordo entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico.

Natural, portanto, seria a presença da Defensoria na zona primária de fronteira, zelando assim pelo cumprimento de suas funções institucionais, estabelecidas na Constituição Federal e nas normas infraconstitucionais.

Também faz-se necessário salientar, mesmo que *en passant*, pois não é o foco central deste trabalho, que o relacionamento do estrangeiro com o Estado brasileiro deveria ocorrer por meio de órgão diverso da Polícia Federal. Não apenas no ingresso, mas também na condução de registro e renovação de vistos. Um departamento específico de migração poderia ser mais um passo na superação da etapa em que se tratava o estrangeiro como um tema de segurança nacional.

7.4 O projeto de lei de migração

Em 20 de julho de 2009, foi enviado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5.655/2009, do Poder Executivo, por meio do qual se pleiteia substituir a Lei nº 6.815/1980. O referido Projeto mostra-se como uma oportunidade de avanço no tratamento do estrangeiro ao dispor, entre outras coisas, sobre o ingresso, a permanência e a saída de estrangeiros no território nacional e ao transformar o Conselho Nacional de Imigração em Conselho Nacional de Migração. A proposta tramita na Câmara dos Deputados, encontrando-se, em julho de 2011, na Comissão de Turismo e Desporto⁵²⁴.

O Projeto prevê que a sua aplicação deverá nortear-se pela política nacional de migração – o que demonstra a necessidade de se construir essa política –, levando em conta a garantia dos direitos humanos, os interesses nacionais, socioeconômicos e culturais, a preservação das instituições democráticas e fortalecimento das relações internacionais. Propõe, ainda, que a política nacional de migração contemple a adoção de medidas para regular os fluxos migratórios de modo a proteger os direitos humanos dos migrantes, especialmente em razão de práticas abusivas advindas de situação migratória irregular.

Faz-se alusão à política migratória que, segundo o Projeto, terá por objetivo, primordialmente, a admissão de mão de obra especializada adequada aos vários setores da

⁵²⁴ Vale conferir sobre o tema: VENTURA, D. F. L. ; ILLES, P. . Estatuto do Estrangeiro ou Lei de Imigração? <http://diplomatie.uol.com.br/artigo.php?id=744>. Le Monde Diplomatique Brasil, São Paulo, p. 14 - 15, 31 jul. 2010.

economia nacional, ao desenvolvimento econômico, social, cultural, científico e tecnológico do Brasil, à captação de recursos e geração de emprego e renda, observada a proteção ao trabalhador nacional.

Destaca-se também o parágrafo único do art. 5º do Projeto, segundo o qual serão estendidos aos estrangeiros, independentemente de sua situação migratória – observado o disposto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal –, o acesso à educação e à saúde, os benefícios decorrentes do cumprimento das obrigações legais e contratuais concernentes à relação de trabalho, a cargo do empregador, e as medidas de proteção às vítimas e às testemunhas do tráfico de pessoas e do tráfico de migrantes.

A entrada do estrangeiro no País é tratada com timidez no art. 60 e seguintes do Projeto em comento, sendo uma oportunidade para que se insira o papel das instituições acima especificadas em seu texto. A Polícia Federal, o Ministério Público Federal e a Defensoria Pública poderiam ter suas funções, no tocante a migração, especificadas de forma clara.

A política migratória, que é objeto de análise pelo projeto em questão, poderia ser mais detalhada, assim, os casos difíceis poderiam receber um conjunto de normas norteadoras. Em outras palavras, a lei poderia exigir a definição de uma política migratória pelo Poder Executivo, assim, os demais órgãos poderiam definir a necessidade de busca da justiça para que o indivíduo impedido de ingresso na fronteira pudesse ter seus direitos discutidos.

A política pública, definida pelo Poder Executivo, seria a responsável pela efetivação das escolhas trágicas, com dotação orçamentária e projetos de pesquisa para receber estrangeiros que buscam auxílio no país. Com essa política definida, ficaria mais claro tomar a decisão sobre quem poderia entrar no território brasileiro.

Certamente, a estrutura do Poder Executivo deveria ser pensada para facilitar o acesso do migrante. O Conselho Nacional de Imigração, criado pela lei 6.815/80, poderia ser reformado com o mesmo escopo. Ainda poderia haver um avanço nesse sentido com a criação de uma agência reguladora da migração, com Ouvidoria Externa, que poderia seguir os moldes da criada para a Defensoria Pública, pela Lei Complementar 132/2009, nos arts. 105-A e seguintes. Nesse caso, haveria observadores da Defensoria e do Ministério Público Federal.

Com a definição da política, tal Agência reguladora da Migração poderia fiscalizar sua aplicação, com o auxílio do Judiciário que, se provocado pela Defensoria ou pelo Ministério Público, poderia se manifestar sobre se a escolha trágica foi seguida naquele caso concreto. Assim, o Poder Legislativo adotaria uma lei que concretizaria a teoria do controle limitado do ingresso, fazendo nascer uma Agência com a finalidade fiscalizadora. Podendo, assim, sistematizar a atuação dos entes citados, fazendo-os agir de forma menos fragmentada, pois, uma política estaria definida. Dessa forma, seria retirada a atuação exclusivamente policial na zona primária de fronteira.

Dessa maneira, caso um boliviano entre na zona primária de fronteira e diga que necessita de um transplante sofisticado e em nome da universalidade do direito da saúde exige o direito de ingresso, conforme definido na política migratória, que pode ter orçamento destinado a esse tipo de cirurgia ou pode prever pesquisa universitária sobre o problema, os demais órgãos agiriam. Importante destacar que a escolha trágica já teria sido definida pela lei em conjunto com a política que dela iria nascer. Tudo podendo ser fiscalizado pela Agência.

O mesmo aconteceria caso um boliviano afirmasse que iria trabalhar no Brasil porque estaria passando por risco de perder a vida, devido à fome, na Bolívia, ou no caso de um idoso sem família do Paraguai o qual afirmasse que quer entrar no Brasil para requerer o benefício assistencial para o idoso.

A escolha trágica, por mais que possa restringir direitos, deve ser bem definida para que haja atuação conjunta dos órgãos e para que o migrante tenha, no mínimo, um conhecimento da política migratória do país. Os direitos humanos, garantidos por tratados internacionais, não permitem, no entanto, que a restrição ao ingresso seja total. A política migratória, como definida pela Opinião Consultiva n. 18, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, deve ser determinada pelo Estado, a partir desse momento, a suas decisões sobre ingresso ficam a tal política subordinadas. Não pode o Estado impedir por completo o ingresso de estrangeiros, pois, os tratados de direitos humanos levam a distribuição de renda para além das fronteiras do Estado, abarcando estrangeiros que enfrentam dificuldades, especialmente econômicas.

A necessidade de política e planejamento não são novidades no ordenamento jurídico brasileiro, pois estão definidas, entre outras, no artigo 174 da Constituição

Federal⁵²⁵, no qual se estabelece a necessidade de planejamento, o que vai levar a que seja estabelecida a política migratória.

⁵²⁵ Cf. CF/88: Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

CONCLUSÃO

O presente trabalho é resultado da preocupação do pesquisador com o ingresso de indivíduos em território estrangeiro em face das mudanças advindas da globalização e da estruturação do direito internacional dos direitos humanos. Elegeu-se aqui, por consequência, o estudo de uma possível regulação do direito de ingresso de estrangeiros. Investigou-se, v.g., a possibilidade de se asseverar que o Estado, em decorrência da globalização e da estruturação do direito internacional dos direitos humanos, não mais pode decidir livremente sobre o ingresso de estrangeiro em seu território. Surge, com isso, o que se pode chamar de uma atuação estatal controlada por normas internacionais. A novidade é o fato de que esse controle se aplica a uma das expressões da soberania estatal, como identificado pela doutrina.

O fato mencionado ganha relevância com o incremento constante da circulação de pessoas pelo mundo, a qual, material e tecnologicamente, torna-se cada vez mais facilitada, conquanto, ao mesmo tempo, encontre inúmeros obstáculos, decorrentes de aspectos tanto políticos quanto jurídicos.

Pelo que se pôde verificar sobre as consequências dessa circulação, além da construção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o impacto na liberdade total do Estado de decidir sobre o ingresso de estrangeiros em seu território é sensível. Demonstra-se não plausível que persista, nesse ponto, a soberania do Estado como argumento para sua atuação sem nenhum tipo de vinculação ou necessidade de respeito a normas internacionais.

A teoria da liberdade controlada do Estado surgiu em face desse questionamento, ou seja, para decidir sobre o ingresso de estrangeiros, exigindo que o ato estatal envolva elementos de proteção aos direitos humanos e garantia de acesso a direitos. Essa teoria funda-se, em especial, nos tratados internacionais de direitos humanos e na relativização sofrida pela soberania na segunda metade do século XX.

Conforme se discutiu ao longo deste estudo, o Direito Internacional dos Direitos Humanos impõe aos vários Estados do mundo sacrifícios que envolvem distribuição de riqueza, fato que, no entanto, não impede que os Estados se utilizem de argumentos

pautados na lógica das escolhas trágicas para, em determinadas situações, impedir o ingresso de estrangeiros em seu território.

Nesse compasso, ressalta-se que o fenômeno da migração não é uma anormalidade, mas uma constante na história humana. O que pode ser tido como atípica é a brutal diferença de riqueza entre países que se podem dizer próximos, em particular, no pós-globalização, por força das comunicações e das facilidades de deslocamento (transporte) de pessoas pelo mundo.

Os movimentos populacionais sempre acompanharam o crescimento demográfico, as mudanças tecnológicas, os conflitos políticos e, até mesmo, os conflitos armados. As migrações em massa tiveram um papel importante, nos últimos séculos, em especial no tocante a temas ligados ao colonialismo, à industrialização, à formação do Estado e, mais recentemente, no desenvolvimento do capitalismo de mercado. A migração faz parte, portanto, do ser humano e de sua luta por superar limites.

A despeito de ser comum a presença da migração na história da humanidade, ela nunca foi, todavia, tão relevante para a política interna quanto tem sido hoje, decorrência do encurtamento das distâncias alcançado com os avanços tecnológicos, representados pelo incremento das telecomunicações e do transporte. Ao mesmo tempo, podem ser identificadas tanto a necessidade da migração – em alguns casos, para o migrante e para o Estado receptor –, quanto a importância à repulsa da sua presença pela sociedade do Estado receptor, o que causa, por vezes, de um lado, a dificuldade de conciliar a proteção dos direitos humanos e a sua universalidade, e, de outro, o direito garantido ao Estado de conceder a nacionalidade e de impedir a entrada de estrangeiros em seu território.

Essa interligação dos vários países do mundo fez que a migração, com crescimento cotidiano, pudesse interferir cada vez mais em países do globo terrestre. Nesse cenário, a proteção dos direitos humanos exerce papel fundamental, uma vez que, por meio dela, eventuais ações violadoras praticadas pelo Estado podem ser discutidas. Em outras palavras, os direitos do Estado de definir a quem concede a nacionalidade e o de impedir a entrada de estrangeiros em seu território devem ser vistos como passíveis de controle.

No que tange ao impedimento de entrada, para que não se criem limitações indevidas a direitos fundamentais, a decisão do Estado deve pautar-se em uma lógica aplicável à limitação de outros direitos fundamentais. Nesse ponto, a adoção da lógica aplicável às escolhas trágicas é uma forma de se evitar que haja danos aos direitos

humanos. Para tanto, o Estado deve vincular a permissão de entrada em seu território à perspectiva da efetivação de direitos sociais.

Entende-se, no entanto, que a condição pessoal do migrante, especialmente no que se refere à sua situação econômica ou ao país de onde vem, não pode, em rigor, ser base para a aludida decisão, pois, se assim fosse, apenas aqueles provenientes de países desenvolvidos conseguiriam o ingresso, criando-se uma desigualdade incompatível com a proteção estruturada pelos tratados internacionais.

Como se pode constatar pela análise das condutas de alguns Estados, a limitação a direitos fundamentais, no caso específico do direito de ingresso, não é articulada em conformidade com a teoria das escolhas trágicas, aproximando-se da total discricionariedade dos Estados. Os refugiados, no entanto, por força de normatização internacional, possuem algo próximo do direito de ingresso.

Os direitos fundamentais, porém, ganham proteção mesmo quando o pleito é feito por imigrantes ilegais, conforme se pode verificar não apenas em tribunais internacionais, mas também em decisões internas. Há, ainda, todavia, a necessidade de criação de uma estrutura que garanta acesso à justiça ao migrante, que costuma ficar isolado em zonas nas quais não tem condições de pleitear a efetivação de seus direitos.

Por mais que se possa confirmar o direito dos Estados e afastar o *jus communicationis* de Vitória, há, hoje, limitações ao exercício do impedimento de entrada pelo Estado, devendo esse ser compatível com as normas internacionais de direitos humanos. Também não se pode dizer que o impedimento seja, *per se*, uma forma de violação à universalidade dos direitos humanos, pois não há direitos absolutos. A lógica, no entanto, aplicável a essa limitação deve ser compatível com a trajetória de limitação de direitos humanos. No caso específico, como, em regra, a discussão é econômica, a estrutura das escolhas trágicas pode ser vista como possível para preservação de direitos.

Logo, por mais que se possa verificar ainda existente o direito do Estado de fixar as regras sobre concessão de sua nacionalidade e de determinar a entrada de estrangeiro em seu território, esse direito pode ser tido como limitado pelos direitos humanos. É necessário, portanto, que haja a construção de uma lógica que embase a decisão, tendo-se em vista a universalidade dos direitos humanos. Não se trata mais de direito absoluto, exercido de forma plena e ilimitada pelos Estados.

Como os direitos humanos, não apenas os de segunda dimensão, exigem que o Estado alocue recursos escassos, a limitação à entrada de estrangeiros pode, sem violar normas de direitos fundamentais, utilizar para tanto a lógica das decisões trágicas a fim de, com isso, garantir a universalidade e respeitar a possibilidade de limitação dos direitos.

É relevante, ainda, para o presente estudo que, com a intensificação das relações entre os Estados, fenômeno conhecido como globalização, houve uma sensível transformação do mundo, o que conduziu a interações mais profundas entre o direito internacional e o direito interno. Isso trouxe claras consequências no âmbito interno de atividades internacionais, podendo, também, ser identificado como um limitador dos poderes de decisão do Estado, pois, nesse contexto, o direito internacional toma espaço outrora reservado exclusivamente ao direito interno, antes construído e aplicado no âmbito interno das fronteiras nacionais.

A globalização também pode se referir ao aumento da colaboração de políticos, pesquisadores, educadores e outros pelas fronteiras nacionais, na busca de soluções para problemas comuns. Com o fim da Guerra Fria, a cooperação internacional, que se verifica em domínios diversos, como negócios, segurança, direitos humanos, saúde, agricultura, proteção ambiental e combate ao crime, demonstra a clara interdependência dos Estados. O alcance do direito internacional é, assim, também ampliado, surgindo regulamentação internacional nos mais variados setores, o que impõe barreiras à ação do Estado.

Entre as limitações pode-se identificar a que exige que o Estado se conduza na proteção dos direitos humanos, inclusive em temas que são tidos como parte de suas possibilidades plenas, como definição de nacionalidade e permissão de entrada em seu território.

Os diversos componentes da globalização muitas vezes desafiam a separação entre interesses internos e internacionais, consequência do crescimento da regulamentação internacional. Embora o direito internacional regule agora uma gama sem precedentes das atividades humanas, certas atividades são mais fortemente regulamentadas pela comunidade internacional do que outras. Alguns temas são tão histórica e politicamente adaptados à regulamentação internacional que a sua necessidade quase não é questionada. Hoje, ninguém pode contestar com seriedade a necessidade prática de um acordo internacional sobre assuntos como a aviação internacional, telecomunicações ou serviços postais. Para outras atividades, no entanto, a primazia da soberania nacional era a regra histórica.

Dentre os temas apontados, conforme se salientou, dois se destacaram como os últimos bastiões da soberania nacional – os poderes de um estado para decidir, em primeiro lugar, quem são seus próprios cidadãos e, em segundo, quais estrangeiros devem ter acesso físico ao seu território. Estes são os dois exemplos clássicos, bastante citados na doutrina internacional, como decisões essencialmente ligadas ao que torna os Estados soberanos e, nas quais a comunidade internacional não poderia interferir.

A força da globalização e a proteção dos direitos humanos exigem, todavia, que as ações dos Estados guardem coerência com a aludida regulação internacional; assim, mesmo a soberania nacional tem cada vez mais dado lugar à regulamentação internacional com fundamento voluntarista. Não há nenhuma contradição aqui, pois a soberania de um Estado, obviamente, abrange o poder de se autolimitar de bom grado, pela celebração de acordos internacionais. Pode-se identificar, assim, uma transformação nos últimos anos: passou-se de um mundo de soberania estatal exclusiva sobre nacionalidade e migração para um mundo em que a regulação internacional dessas áreas constitui a norma.

Durante séculos, as disputas sobre as nacionalidades dos indivíduos particulares, por vezes, têm sido subtraídas da arena internacional, pela combinação de direito, diplomacia e força militar. A despeito das mudanças drásticas na perspectiva, a grande maioria das normas jurídicas, em ambos os temas, ainda hoje é prescrita pelos Estados, e não pela comunidade internacional – tal como acontece em praticamente todas as outras áreas públicas da vida. Dessa forma, os últimos bastiões de soberania são, hoje, virtualmente indistinguíveis de quase todas as áreas da atividade humana regulada, pois eles são limitados por uma combinação de produtos nacionais e regras internacionais.

Em vários momentos da história, com grande frequência, todas as nações decidiram conceder a nacionalidade, por conta do nascimento, a algumas classes de pessoas, com o propósito de alcançar a perpetuação da sua dimensão pessoal.

Essas pessoas, escolhidas pelos vínculos de parentesco com quem já detém a nacionalidade do país ou pelo local de nascimento, possuem o direito de ingresso no território do Estado do qual são nacionais. Os estrangeiros, então, são aqueles que não possuem a nacionalidade do país com o qual intentam se relacionar, ou por almejarem o ingresso em seu território ou por aí desejarem permanecer. A concessão da nacionalidade também sofre restrições internacionais.

O mesmo acontece com a liberdade total do Estado para restringir a entrada de estrangeiros em seu território, que já não pode persistir, em especial tendo-se em vista as normas internacionais de proteção dos direitos humanos.

Reitera-se que a decisão do Estado deve respeitar a normatização internacional. Segundo Ramji-Nogales⁵²⁶, nos Estados Unidos há a ideia de que não se aplicam direitos fundamentais a casos que aconteçam além das fronteiras estadunidenses, permitindo-se o impedimento de ingresso do estrangeiro sem haver respeito a direitos humanos, o que é considerado exercício da doutrina do *plenary power*, identificada no já mencionado caso Wong Wing, de 1896.

Dessa época até os dias atuais, muito se alterou no mundo e na proteção dos direitos humanos, não sendo possível imaginar que se tenha mantido da mesma forma a relação do estrangeiro ingressante com o Estado em cujo território pretende ingressar. A liberdade total de circulação de pessoas pelo mundo também não se aplica, em face de que os Estados precisam, por força de evolução constitucional, garantir direitos sociais.

A escolha trágica pode servir de base para impedimento de ingresso, porém, ela exige a construção de política específica e divulgada, que impedirá a violação de normas básicas de direitos humanos.

Os direitos sociais trazem a necessidade de planejamento estatal. A esse propósito, Van Creveld⁵²⁷ chama a atenção ao relatar que existe um aumento significativo de gastos com direitos sociais, o que resultou no enfraquecimento do Estado e seu consequente declínio. O autor ilustra sua assertiva citando dados da OCDE que apontam um aumento nos gastos sociais nos países pertencentes a essa Organização que chegaram a quase 25% do PIB. Adverte, ainda, que as consequências, em todos os casos, foram déficits governamentais e inflação, v.g., o governo estadunidense nunca teve saldo positivo de 1969 a 1998. Van Creveld⁵²⁸ destaca, ainda, que, “mesmo atualmente, o ‘orçamento equilibrado’ supostamente alcançado pela administração Clinton oculta uma lacuna imensa em seguridade social”. O estudioso consigna que, no final da década de 1970, países como Itália, Bélgica, Inglaterra, Japão e Alemanha Ocidental amargavam déficits de 5% do PIB. e que também se encontrava em situação deficitária o globalmente famoso bastião da

⁵²⁶ RAMJI-NOGALES, J. A global approach to secret evidence: how human Rights Law can reform our Immigration System. **SSRN eLibrary**. 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1080317>. Acesso em: 20 mar. 2011.

⁵²⁷ VAN CREVELD, M. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

⁵²⁸ Ibidem, p. 521.

moeda forte, a Suíça, tendo como resultado uma inflação entre 3,6% em 1979 e 6,5% em 1981.

Entende-se, na esteira de Van Creveld⁵²⁹, que a liberdade total do Estado de decidir sobre o ingresso de estrangeiro não se pode sustentar, assim, da mesma forma como existia antes da construção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois a soberania do Estado já não é a mesma.

O pensamento aqui esposado coaduna-se com o exposto por Nussbaum⁵³⁰. Segundo a autora, é possível aplicar-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, também para a sociedade internacional como um todo, permitindo-se abertura de espaço para a distribuição de riquezas. A esse propósito, Nussbaum⁵³¹ esclarece que a Declaração Universal propiciou apenas uma base superficial de sociedade internacional, na medida em que ainda é prevista a garantia dos direitos humanos como uma questão de ação de cada Estado, não para a sociedade internacional como um todo. Afirma, ainda, que a tendência para a cooperação e reciprocidade na aplicação sugere que essas ideias têm se tornado, paulatinamente, o centro das atenções como base para acordos internacionais, instituições e organizações. A autora conclui que não há nenhuma barreira de princípio ou argumento contra a persecução dos recursos humanos como objetivos centrais de cada nação, e também para a sociedade internacional.

Os desafios futuros, tendo em vista a construção da teoria da liberdade controlada do Estado para decidir sobre ingresso de estrangeiros em seu território, podem ser bastante grandes, exigindo que sejam criadas políticas de migração claras, a fim de se evitarem, ao máximo, surpresas no momento do ingresso do estrangeiro.

Os desafios em referência, além da aludida construção das políticas, deverão levar em conta as perspectivas de migração e mobilidade no mundo. Para tanto, será necessário incrementar a cooperação internacional no campo da migração, além de política específica para se lidar com a migração ilegal. Ressalte-se que o foco especial deve ser na questão étnica, na diversidade social e nas mudanças sociais, com base em suas consequências para o Estado-nação.

⁵²⁹ VAN CREVELD, M. *Ascensão e declínio do Estado*.

⁵³⁰ NUSSBAUM, M. C. *Frontiers of Justice*: disability, nationality, species membership.

⁵³¹ *Ibidem*.

Há grandes preocupações, que não podem ser resolvidas por apenas um ramo do conhecimento, mas, ao contrário, exigem pesquisa interdisciplinar, envolvendo economia, direito, sociologia, relações internacionais, psicologia, entre outras áreas.

A impossibilidade imediata de serem visualizadas todas as consequências, negativas ou positivas, não pode ser fundamento para impedir que um indivíduo tenha seus direitos fundamentais garantidos.

Os Estados, para o bem ou para o mal, possuem a tendência de proteger a sua possibilidade de liberdade total no que tange à regulação da migração, porém, a economia global e a integração cultural, além dos tratados internacionais, estão claramente minando a soberania plena do Estado, e a chamada lealdade exclusiva do indivíduo a um Estado. A era da migração, como definida por Castles e Miller⁵³², pode ser marcada pela erosão do nacionalismo e da soberania estatal, apesar de serem enfrentadas questões religiosas, raciais e culturais.

No Brasil, deve-se diligenciar pela aplicação da Opinião Consultiva nº 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, havendo possibilidade de se identificar um direito de ingresso considerado adequado da perspectiva constitucional. Para que haja, no entanto, a efetivação, as estruturas estatais devem estar prontas para o atendimento do estrangeiro na zona primária da fronteira. Nessa situação, o Ministério Público Federal, a Defensoria Pública Federal e a Polícia Federal agiriam para o cumprimento do planejamento, como definido na Constituição Federal, que deve ser completado pela exigência de definição de política pública migratória por lei, que permitiria definir a escolha trágica e fazer que os órgãos citados possam agir de forma mais coesa e sistemática.

Entende-se inafastável, assim, o fato de que os Estados estão cada vez mais diversificados no tocante à cultura, religião e formação étnica, o que facilita a criação de redes transnacionais, em que o Estado terá uma importância diminuta quando comparada com a que detinha em meados do século XX. Os problemas que afligem o planeta, como meio ambiente e pobreza, poderão ser combatidos de modo mais incisivo pela chamada era da migração, que permitirá a criação de soluções que ultrapassem os limites territoriais do Estado.

⁵³² CASTLES, S.; MILLER, M. J. **The age of migration.**

REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, D. Doing justice on two fronts: the liberal dilemma in immigration. **SSRN eLibrary**, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1348584>>. Acesso em: 3 abr. 2010.
- ACKERMANN, M. E. et al. **Encyclopedia of World History**. New York: Facts on File, 2008.
- AFONSO DA SILVA, V.; TERRAZAS, Fernanda V. Claiming the right to health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded. **SSRN eLibrary**. 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1133620>>. Acesso em: 14 abr. 2010.
- AFSAH, E. Contested universalities of International Law. Islam's Struggle with Modernity. **Journal of the History of International Law**, v. 10, n. 2, p. 259-307. DOI: 10.1163/157180508X359855, 2008.
- AGAMBEN, G. **Homo sacer**. Torino: G. Einaudi, 2007.
- ALDER, J. Dissents in Courts of Last Resort: tragic choices? **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 20, n. 2, p. 221-246, 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=821571>>. Acesso em: 11 abr. 2010.
- ALENIKOFF, T. A. **Citizenship policies for an age of migration**. Washington, D.C: Carnegie Endowment for International Peace, 2002.
- ALENIKOFF, T. A.; INTERNATIONAL MIGRATION POLICY PROGRAM (U.S.). **Between principles and politics: the direction of U.S. citizenship policy**. Washington, D.C: Carnegie Endowment for International Peace, 1998.
- ALENIKOFF, T. A.; KLUSMEYER, D. B. **Citizenship today: global perspectives and practices**. Washington, D.C: Carnegie Endowment for International Peace, 2001.
- ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Direitos Humanos e não-violência*. São Paulo: Ed. Atlas, 2001.
- ANNAN, Kofi. **Relatório sobre Acesso à Justiça do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud)**. ONU, 2004.
- ANDERSON, R. D.; YUKINS, C. R. *International Public Procurement Developments in 2008*; Public Procurement in a World Economic Crisis. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1356142>. Acesso em: 17 jul. 2010.
- ARAVAMUDAN, S. Sovereignty: between embodiment and detranscendentalization. **Texas International Law Journal**, v. 41, 2006. Acesso em: 23 fev. 2011.
- ARENDT, H. **The origins of totalitarianism**. New York: Plume, 1977.
- BARRY, B. Review: Tragic choices. **Ethics**, v. 94, n. 2, p. 303-318, 1984.
- BECKER, G. S. **Human capital a theoretical and empirical analysis, with special reference to education**, Human behavior and social institutions. 2th ed. New York: National Bureau of Economic Research, 1975. BENHABIB, S. **Democracy and difference**. New Jersey: Princeton University Press, 1996.

BENHABIB, S. **The Rights of others: aliens, residents, and citizens.** Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

BENHABIB, S.; RESNIK, J. **Migrations and mobilities: citizenship, borders, and gender.** New York: NYU Press, 2009.

BENHABIB, S.; SHAPIRO, I.; PETRANOVICH, D. **Identities, affiliations, and allegiances.** Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BILO BILOTTA, W. A. Economic and social impact of open U.S. Immigration Policy Civil War to World War I. **SSRN eLibrary.** 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1010760>>. Acesso em: 13 abr. 2010.

BOELES, P.; BRUINS, M. Case Reports of the European Court of Human Rights and the Human Rights Committee. **European Journal of Migration & Law**, v. 9, n. 2, p. 253-276. DOI: Article, 2007.

BÖHLMARK, A. Integration of childhood immigrants in the short and long run: Swedish evidence. **International Migration Review**, v. 43, n. 2, p. 387-409. DOI: 10.1111/j.1747-7379.2009.00769.x, 2009.

BOSNIAK, L. Persons and citizens in constitutional thought. **Int. J. Constitutional Law**, v. 8, n. 1, p. 9-29, 2010.

BOSNIAK, L. **The citizen and the alien: dilemmas of contemporary membership.** New Jersey: Princeton University Press, 2008.

BOUDREAUX, D. J. The strategic Constitution: on the logic of rules and rights. **American Law and Economics Review**, v. 3, n. 2, p. 368-375, 2001. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=874191>>. Acesso em: 8 abr. 2010.

BRATTON, W. W. et al. Does Corporate Mobility Affect Lawmaking? A Comparative Analysis (January 2008). ECGI – Law Working Paper n. 91/2008; Georgetown Law and Economics Research Paper n. 1086667; Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper n. 2008-01. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1086667>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

BRIGGS, V. M. **Immigration Policy and the American Labor Force.** Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1984.

BROWNLIE, I. **Principles of Public International Law.** 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

BUZDUGAN, R.; HALLI, S. S. Labor market experiences of Canadian immigrants with focus on foreign education and experience. **International Migration Review**, v. 43, n. 2, p. 366-386. DOI: 10.1111/j.1747-7379.2009.00768.x, 2009.

CALABRESI, G.; BOBBITT, P. **Tragic choices.** New York: W. W. Norton & Company, 1978.

CALDER, G.; COLE, P.; SEGLOW, J. **Citizenship acquisition and national belonging: migration, membership and the liberal democratic state.** Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2009.

CAMILLERI, J. A.; FALK, J. **End of sovereignty?: the politics of a shrinking and fragmenting world.** Aldershot: Edward Elgar Pub, 1992.

CARENS, J. H. **Culture, citizenship, and community: a contextual exploration of justice as evenhandedness.** Oxford: Oxford University Press, 2000.

CARVALHO RAMOS, A. Direito dos Estrangeiros no Brasil: imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D; PIOVESAN, F. (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**, p. 721-746.

CARVALHO RAMOS, A. de. O Princípio do Non-Refoulement no direito dos refugiados: do ingresso à extradição. **Revista dos Tribunais**, v. 892, p. 347-376, 2010.

CARVALHO RAMOS, A. de. O diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, A. do; JUBILUT, L. L. (Orgs.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 805-850.

CARVALHO RAMOS, A. de. **Direitos humanos na integração econômica**: análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Européia e Mercosul. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO RAMOS, A. O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: SARMENTO, D.; SARLET, I. W. (Coord.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011

CARVALHO RAMOS, A. de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARVALHO RAMOS, A. O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: SARMENTO, D.; SARLET, I. W. (Coord.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

CASTLES, S.; MILLER, M. J. **The age of migration**. International Population Movements in the Modern World. 4th ed. New York: The Guilford Press, 2009.

CHANG, H. F. The immigration paradox: poverty, distributive justice, and liberal egalitarianism. **SSRN eLibrary**. 2003. Disponível em: < <http://ssrn.com/paper=414561>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

CHIN, G. J.; ROMERO, V. C.; SCAPERLANDA, M. A. **The origins of Constitutional Immigration Law**: immigration and the Constitution. New York: Routledge, 2001. v. 1.

CLEVELAND, S. H. Legal status and Rights of undocumented workers. Advisory Opinion OC-18/03. **The American Journal of International Law**, v. 99, n. 2, Apr. 2005, p. 460-465.

CONVEY, A.; KUPISZEWSKI, M. Keeping up with Schengen: migration and policy in the European Union. **International Migration Review**, v. 29, n. 4, p. 939-963, 1995.

DALLARI, Pedro B. A. . *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994

DALLARI, Pedro B. A. . *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DE CUÉLLAR, J. P. **Manual de derecho diplomático**. México: Fondo de Cultura Económica 1997.

DE VRIES, K. An assessment of “Protection in Regions of Origin” in relation to European Asylum Law. **European Journal of Migration & Law**, v. 9, n. 1, p. 83-103. DOI: Article, 2007.

DINER, H. R. **Hungering for America**: Italian, Irish, and Jewish foodways in the age of

migration. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

DOUGLASS, M.; ROBERTS, G. S. **Japan and global migration**: foreign workers and the advent of a multicultural society. University of Hawaii Press, 2003.

DUNOFF, J. L.; TRACHTMAN, J. P. A functional approach to global constitutionalism (December 5, 2008). Harvard Public Law Working Paper n. 08-57; Harvard Public Law Working Paper n. 08-57; Temple University Legal Studies Research Paper n. 2009-11. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1311983>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

ELSTER, J. **Local Justice**: how institutions allocate scarce goods and necessary burdens. New York: Russell Sage Foundation Publications, 1993.

ELSTER, J.; HYLLAND, A. **Foundations of Social Choice Theory**: studies in rationality and social change. Cambridge [Cambridgeshire]: Cambridge University Press, 1986.

EULE, T. G. Cosmopolitan anxieties: Turkish challenges to citizenship and belonging in Germany by Ruth Mandel. **Nations and Nationalism**, v. 15, n. 1, p. 174-176, 2009. DOI: 10.1111/j.1469-8129.2009.00385_4.x.

EXPORTANDO moradores de rua. *Correio Popular*, Campinas, 25 nov. 2009, Cidades, p. A5.

FARMER, P. **Pathologies of Power** – Health, human rights, and the new war on the poor. Los Angeles: University of California Press, 2009.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; ALVAREZ GONZÁLEZ, S. **Derecho español de la nacionalidad**. Madrid: Tecnos, 1987.

FIESS, N. M.; VERNER, D. Migration and human capital in Brazil during the 1990s. **SSRN eLibrary**. 2003. p. 2. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=636455>. Acesso em: 2 abr. 2011.

FISCHER-BOLLIN, P. (Ed.). **Migración y políticas sociales en América Latina**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009.

GALLOWAY, D. **Inevitable Journey**. London: Muller, 1974.

GARCIA, Márcio . *A terminação de tratado e o Poder Legislativo brasileiro à vista do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional internacional brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GARCIA, Márcio. *Tratados e poder terminativo na Constituição de 1988*. Revista de Informação Legislativa, v. 179, p. 233-240, 2008.

GARNER, B. A. **Black's Law Dictionary**. 8th ed. New York: Thomson West, 2004.

GASPAR, R. A. **Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009. (Coleção Atlas de arbitragem).

GIDDENS, A. **The consequences of modernity**. Stanford, CA: Stanford University Press, 1991.

GILL, S.; LAW, D. **The global political economy**: perspectives, problems, and Policies. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1988.

GOLDSMITH, J. L.; LEVINSON, D. J. Law for States: International Law, Constitutional Law, Public Law (February 10, 2009). Harvard Law Review, 2009; Harvard Public Law Working Paper n. 09-16. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1340615>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

GOODWIN-GILL, G. S. **The refugee in International Law**. Oxford [Oxfordshire]: Clarendon Press, 1983.

GORDON, J. Transnational Labor Citizenship. **Southern California Law Review**, v. 80, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=943061>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

GRAMSTRUP, Erik Frederico ; HENRIQUE, Luciana Alves ; FLORESTANO, Miguel ; OLIVEIRA, Roberto Silva ; JUCOVSKY, Vera Lucia . Da Extradição. In: Wladimir Passos de Freitas. (Org.). **Comentários ao Estatuto do Estrangeiro e Opção de Nacionalidade**. 1a ed. Campinas-SP: Millennium, 2006.

GREENWOOD, M. J.; HUNT, G. L. The early history of migration research. **International Regional Science Review**, v. 26, n. 1, p. 3-37, DOI: 10.1177/0160017602238983, 2003.

GROSBY, S. Antinomies of individuality and nationality. **Qualitative Sociology**, v. 18, n. 2, 2006. Disponível em: <<http://www.springerlink.com/content/a41k85710j41n16k/>>. Acesso em: 17 jul. 2010.

GUISAN, C. Of September 11, Mourning and cosmopolitan politics. **Constellations: An International Journal of Critical & Democratic Theory**, v. 16, n. 4, p. 563-578. DOI: Article, 2009.

HANSEN, R. **Citizenship and immigration in Post-war Britain**: the institutional origins of a multicultural nation. Oxford: Oxford University Press, 2000.

HANSEN, R.; WEIL, P. **Dual nationality, social rights and federal citizenship in the U.S. and Europe**: the reinvention of citizenship. New York: Berghahn Books, 2002.

HANSON, G. H. et al. A. Immigration and the U.S. economy: labor-market impacts, illegal entry, and policy choices. **SSRN eLibrary**. 2001. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=296108>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

HATTAM, V. **In the shadow of race**: Jews, Latinos, and Immigrant Politics in the United States. Chicago: University of Chicago Press, 2007.

HEATER, D. **A brief history of citizenship**. New York: NYU Press, 2004.

HERZOG, B. Nationalism and multiculturalism in a world of immigration by Nils Holtug, Kasper Lippert-Rasmussen & Sune. **Nations and Nationalism**, v. 16, n. 2, p. 375-377. DOI: 10.1111/j.1469-8129.2010.00445_1.x, 2010.

HÖFFE, O. **A democracia no mundo de hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HONIG, B. **Democracy and the foreigner**. New Jersey: Princeton University Press, 2003.

HUCK, H. M. **Sentença estrangeira e Lex Mercatoria**: horizontes e fronteiras do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994.

HUMAN RIGHTS WATCH. Forced apart (by the numbers). 2009. p. 47. Disponível em: <<http://www.hrw.org/en/reports/2009/04/15/forced-apart-numbers-0>>. Acesso em: 23 abr. 2010.

ILLES, P.; TIMÓTEO, G. L. S.; PEREIRA, E. Tráfico de pessoas para fins de exploração do trabalho na cidade de São Paulo. **Cad. Pagu**, p. 219-251, 2008.

ISAAC, J. International Migration and European population trends. **International Labour Review**, v. 66, 1952. Acesso em: 14 abr. 2010.

JENNINGS, R. W.; MARSH, H. **Securities regulation**: cases and materials, University casebook series. 6th ed. Mineola, N.Y: Foundation Press, 1987.

JENNINGS, R.; WATTS, Arthur (Eds.). **Oppenheim's International Law**, n. 849, 857-859.), 9th ed. 1992); BROWNLIE, I. **Principles of Public International Law**, n. 374, 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.

JONES, M. Lies, Damned Lies and Diplomatic assurances: the misuse of diplomatic assurances in removal proceedings. **European Journal of Migration & Law**, v. 8, n. 1. DOI: Article, 2006.

JÜTERSONKE, O. Hans J. Morgenthau on the limits of justiciability in International Law. **Journal of the History of International Law**, v. 8, n. 2, p. 181-211. DOI: 10.1163/157180506779884446, 2006.

KARATANI, R. How History Separated refugee and migrant regimes: in search of their institutional origins. **International Journal of Refugee Law**, v. 17, issue 3, p. 517-541, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=916229>>. Acesso em: 4 abr. 2010.

KARST, K. L. **Belonging to America**: equal citizenship and the Constitution. Yale University Press, 1991.

KASHIWAZAKI, C. Citizenship in Japan: legal practice and contemporary development. In: KLUSMEYER, D. B.; ALEINIKOFF, T. A. From migrants to citizens: citizenship in a changing world. Washington, D.C: Carnegie Endowment for International Peace, 2000.

KEENAN, P. J. Financial globalization and Human Rights. **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 46, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1102788>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

KHOO, S.-E. Sponsorship of relatives for migration and immigrant settlement intention. **International Migration**, v. 41, n. 5, p. 177-199. doi: 10.1111/j.0020-7985.2003.00265.x, 2003.

KHOO, S.-E. et al. A global labor market: factors motivating the sponsorship and temporary migration of skilled workers to Australia. **International Migration Review**, v. 41, n. 2, p. 480-510. DOI: 10.1111/j.1747-7379.2007.00076.x, 2007.

KHOO, S.-E.; HUGO, G.; McDONALD, P. Which Skilled Temporary Migrants Become Permanent Residents and Why? **International Migration Review**, v. 42, n. 1, p. 193-226. DOI: 10.1111/j.1747-7379.2007.00118.x, 2008.

KLUSMEYER, D. B.; ALEINIKOFF, T. A. **From migrants to citizens**: citizenship in a changing world. Washington, D.C: Carnegie Endowment for International Peace, 2000.

KOLMANSKOG, V.; MYRSTAD, F. Environmental displacement in European Asylum Law. **European Journal of Migration & Law**, v. 11, n. 4, p. 313-326. 2009.

KONDO, A. **Citizenship in a global world**: comparing Citizenship Rights for aliens. New York: Palgrave Macmillan, 2001.

KOSER, K. **International Migration**: A very short introduction. Oxford: Oxford University Press, 2007.

KOSIRNIK, R. Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria (Topicality of the Legal Thinking of Francisco de Vitoria). **International Review of the Red Cross**, v. 30, n. 274, p. 74-76. DOI: 10.1017/S0020860400075264, 1990.

KREIJEN, G. **State, sovereignty, and international governance**. Oxford: Oxford

University Press, 2002.

LAUREANO, A. **Discriminação inversa na Comunidade Européia**: o desfavorecimento dos próprios nacionais na tributação indirecta. Lisboa: Quid Juris?, 1997.

LAW, D. S. Globalization and the future of Constitutional Rights. 102 Northwestern University Law Review 1277 (2008); San Diego Legal Studies Paper n. 07-91. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=975914>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

LEEVES, G. Migration plans and received remittances: evidence from Fiji and Tonga. **International Migration Review**, v. 43, p. 160-177. DOI: 10.1111/j.0197-9183.2008.01151.x, 2009.

LEITNER, H. International migration and the politics of admission and exclusion in postwar Europe. **Political Geography**. 1995. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science?_ob=GatewayURL&_method=citationSearch&_urlVersion=4&_origin=EXLIBMETA&_version=&_uokey=B6VG2-3Y45T6V-V&md5=cf93c1b75ef69ff41a9bfccdb43d2845>. Acesso em: 20 abr. 2011.

LENAIN, P. **O FMI**. Barueri: Manole, 2004.

LICHTER, D. T.; JOHNSON, K. M. Immigrant gateways and Hispanic migration to new destinations. **International Migration Review**, v. 43, n. 3, p. 496-518, 2009.

LISSITZYN, O. J. Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala). **The American Journal of International Law**, v. 49, n. 3, p. 396-403, 1955.

LOPES, C. M. S. **Direito de imigração**: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

LOPES, J. R. de L. **Direitos sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

MacDONALD, G. Diversity in Japanese culture and language. **Journal of Japanese Studies**, v. 23, n. 1, p. 230-234, Winter, 1997.

MARRERO ROCHA, I. The Implications of Spanish-Moroccan Governmental Relations for Moroccan Immigrants in Spain Spanish-Moroccan Governmental Relations and Moroccan Immigrants. **European Journal of Migration and Law**, v. 7, p. 413-434. DOI: 10.1163/157181605776293228, 2006.

MARTIN, P.; ABELLA, M. Migration and development: the elusive link at the GFMD. **International Migration Review**, v. 43, n. 2, p. 431-439. DOI: 10.1111/j.1747-7379.2009.00771.x, 2009.

MATIAS, E. F. P. **A humanidade e suas fronteiras do estado soberano à sociedade global**. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

MAYADAS, N. S.; ELLIOTT, D. Integration and xenophobia: an inherent conflict in international migration. **Journal of Multicultural Social Work**, v. 2, n. 1, p. 47-62, 1992.

McGINNIS, J. O.; SOMIN, I. Democracy and International Human Rights Law (July 01, 2009). Notre Dame Law Review, v. 84, n. 4, p. 1.739-1.798, May 2009; Northwestern Public Law Research Paper n. 08-08; George Mason Law & Economics Research Paper n. 08-19. Disponível em: <<http://ssrn.com>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

MELLO, C. A. B. de. **O conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed., atual., 18. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENEZES, Wagner. . Os Princípios do Direito Internacional. In: Paulo Borba Casella; André de Carvalho Ramos. (Org.). Desafios do Direito Internacional Contemporâneo. 1 ed.

São paulo: Quartier Latin, 2009.

MENEZES, Wagner. . A Reforma da ONU: Perspectivas a partir do Direito Internacional. Seminário sobre a reforma da ONU do Itamaraty. 1 ed. Brasília: Funag, 2010.

MENEZES, Wagner. Ordem Global e Normatividade. 1a.ed.Ijuí: Unijui, 2005.

MEYER, M. **The year that changed the world**: the untold story behind the fall of the Berlin Wall. First Edition. New York: Scribner, 2009.

MILES, R.; THRÄNHARDT, D. **Migration and European integration**. Vancouver: Fairleigh Dickinson Univ Press, 1995.

MIYOSHI, T. **Manual da Lei de Imigração Japonesa**: conhecimentos básicos sobre a entrada e a permanência no Japão. São Paulo: Estação Liberdade, 1993.

MORGENTHAU, H. J. **Politics among nations**: the struggle for power and peace. 5th ed. New York: Knopf, 1978.

MOTOMURA, H. **Americans in waiting**: the lost story of immigration and citizenship in the United States. Oxford: Oxford University Press, 2006.

MOTOMURA, H. Immigration Law after a Century of Plenary Power: Phantom Constitutional Norms and Statutory Interpretation. **Yale Law Journal**, v. 100, p. 545, 1990.

MOTOMURA, H. Immigration Law and Federal Court Jurisdiction through the Lens of Habeas Corpus. **SSRN eLibrary**. 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=868588>. Acesso em: 5 abr. 2011.

MOTOMURA, H. Judicial review in immigration cases after AADC: lessons from Civil Procedure. **Georgetown Immigration Law Journal**, v. 14, 1999.

MOTOMURA, H. The Rule of Law in Immigration Law, **Tulsa Journal of Comparative and International Law**, v. 15, 2007.

MURDOCK, D. Whose child is this? Genetic analysis and family reunification immigration in France. 2008. Disponível em: <http://findarticles.com/p/articles/mi_hb3577/is_5_41/ai_n31117393/>. Acesso em: 5 maio 2010.

NEITZ, M. B. Crisis on the Immigration Bench: an ethical perspective. **SSRN eLibrary**. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1084262>. Acesso em: 20 mar. 2011.

NEUMAN, S. Aliyah to Israel: immigration under conditions of adversity. **SSRN eLibrary**. 1999. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=219872>>. Acesso em: 13 abr. 2010.

NGAI, M. M. Impossible subjects: illegal aliens and the making of modern America. New Jersey: Princeton University Press, 2005.

NINOMIYA, M. **Os trabalhadores brasileiros no Japão**. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

NOGUEIRA, V. M. R.; DAL PRÁ, K.; FERMIANO, S. A diversidade ética e política na garantia e fruição do direito à saúde nos municípios brasileiros da linha da fronteira Mercosul. **Cad. Saúde Pública**, v. 23, suppl. 2, p. S227-S236, 2007.

NUSSBAUM, M. C. **Frontiers of Justice**: disability, nationality, species membership. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2007.

NUSSBAUM, M. C. **Hiding from humanity**: disgust, shame, and the law. New Jersey:

Princeton University Press, 2006.

NYBERG-SØRENSEN, N.; HEAR, N. V.; ENGBERG-PEDERSEN, P. The migration-development nexus: evidence and policy options. **International Migration**, v. 40, n. 5, p. 49-73, 2002.

O'NEILL, M. EU Cross-border policing provisions, the view from one of the Schengen opt-out States. **European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice**, v. 18, n. 1, p. 73 -89, 2010.

ORGAD, L. "Cultural defence" of Nations: cultural citizenship in France, Germany and the Netherlands. **European Law Journal**, v. 15, n. 6, p. 719-737, 2009.

PATARRA, N. L. Migrações internacionais de e para o Brasil contemporâneo: volumes, fluxos, significados e políticas. **São Paulo em Perspectiva**, v. 19, n. 3. DOI: 10.1590/S0102-88392005000300002, 2005.

PEERS, S. Key Legislative developments on migration in the European Union. **European Journal of Migration & Law**, v. 9, n. 2, p. 229-251. DOI: Article, 2007.

PERRONE-MOISÉS, C. . *Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

PESSOA, Fernando. **Livro do Desassossego**. São Paulo: Cia. das Letras, 2010.

PINSKY, J. **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

POMMERHNE, W. W.; HART, A.; SCHNEIDER, F. Tragic choices and collective decision-making: an empirical study of voter preferences for alternative collective decision-making mechanisms. **The Economic Journal**, v. 107, n. 442, p. 618-635, 1997.

POSNER, E. Introduction to a Conference on Rational Choice and International Law, v. 31, n. S1, **J. Legal Stud.**, 2002.

RAMJI-NOGALES, J. A global approach to secret evidence: how human Rights Law can reform our Immigration System. **SSRN eLibrary**. 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1080317>. Acesso em: 20 mar. 2011.

RAMOS, E. da S. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, J. **A Theory of Justice**. New Delhi: Universal Law Publishing, 2005.

RAZ, J. Human Rights in the Emerging World Order, nov. 2009. (2010) 1 Transnational Legal Theory 31–47. Columbia Public Law Research Paper n. 09-219; Oxford Legal Studies Research Paper n. 47/2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1497055>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

REICH, J. Switzerland: freedom of creed and conscience, immigration, and public schools in the postsecular state – compulsory coeducational swimming instruction revisited. **Int. J. Constitutional Law**, v. 7, n. 4, p. 754-767, 2009.

REZEK, J. F. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROCHA, J. C. de C. et al. **Direitos Humanos**: desafios humanitários contemporâneos: 10

anos do Estatuto dos Refugiados (Lei n. 9.474 de 22 de julho de 1997). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ROSENFELD, M. Comment: Human rights, nationalism, and multiculturalism in rhetoric, ethics, and politics: a pluralist critique. **Cardozo Law Review**, v. 21, 1999.

ROTTMAN, A. J.; FARISS, C. J.; POE, S. C. The path to Asylum in the US and the determinants for who gets in and why. **International Migration Review**, v. 43, n. 1, p. 3-34, 2009.

RUBENSTEIN, K. Globalisation and citizenship and nationality. **SSRN eLibrary**. 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=530382>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

RUBENSTEIN, K.; ADLER, D. International Citizenship: the future of nationality in a globalised world. **SSRN eLibrary**. 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=231675>>. Acesso em: 3 abr. 2010.

RUBIO CARRACEDO, J. ROSALES, J. M.; TOSCANO MÉNDEZ, M. **Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos**. Madrid: Editorial Trotta, 2000. (Colección Estructuras y procesos).

SAIZ, I. Rights in recession? Challenges for economic and social rights enforcement in times of crisis. **J. Human Rights Practice**, v. 1, n. 2, p. 277-293, 2009.

SANDERSON, L. International mobility of new migrants to Australia. **International Migration Review**, v. 43, n. 2, p. 292-331, 2009. DOI: 10.1111/j.1747-7379.2009.00766.x. p. 293.

SANTOS, A. M. dos. **Estudos de direito da nacionalidade**. Coimbra: Almedina, 1998.

SARMENTO, D. IKAWA, D.; PIOVESAN, F. Igualdade, diferença e direitos humanos. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/19004>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

SCHMID-DRUNER, M. Germany's New Immigration Law: A Paradigm Shift. **European Journal of Migration and Law**, v. 8, 2006.

SCOTT, J. B. Nationality. **The American Journal of International Law**, v. 24, n. 3, p. 556-561, 1930.

SEOL, D.-H.; SKRENTNY, J. D.. Why is there so little migrant settlement in East Asia? **International Migration Review**, v. 43, p. 578-620. DOI: 10.1111/j.1747-7379.2009.00778.x, 2009.

SHARFSTEIN, D. J. Crossing the color line: racial migration and the one-drop rule, 1600-1860. **SSRN eLibrary**. 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1124999>. Acesso em: 21 mar. 2010.

SHETTY, S. Equal Justice under the Law: myth or reality for immigrants and refugees. **Seattle Journal for Social Justice**, v. 2, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SIMMA, B. Universality of International Law from the perspective of a practitioner. **Eur. J. Int. Law**, v. 20, n. 2, p. 265-297, 2009.

SKELDON, R. International migration within and from the East and Southeast Asian region: a review essay. **Asian and Pacific Migration Journal: APMJ**, v. 1, n. 1, p. 19-63, 1992.

SKELDON, R. Trafficking: A perspective from Asia. **International Migration**, v. 38, n. 3, p. 7-30. DOI: 10.1111/1468-2435.00113, 2000.

SKELDON, R. Migration and poverty. **Asia Pacific Population Journal**, v. 17, n. 4, p. 67-82, 2002.

SLOANE, R. D. Breaking the genuine link: the contemporary international legal regulation of nationality. **Harvard International Law Journal**, v. 50, Winter 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1262877>>. Acesso em: 3 abr. 2010.

SMART, W. **Eight Modern Essayists**. 2th ed. New York: St. Martin's Press, 1973.

SMITH, A. **A riqueza das nações**. 1. ed., 2. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009.

SOLIMANO, A. Globalization, history and international migration: a view from Latin America. **SSRN eLibrary**. 2004. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=908241>. Acesso em: 21 mar. 2010.

SOUZA NETO, L. B. C. de. O direito à saúde na Argentina e no Brasil. In: M. L. CETOLIN; S. F.; BRANCO, M. L. **A saúde na fronteira seca Brasil-Argentina**. Florianópolis: Fundação Editora Boiteux, 2008.

SPIRO, P. J. Dual citizenship as Human Right. **Int. J. Constitutional Law**, v. 8, n. 1, p. 111-130, 2010.

SPIRO, P. J. **Beyond citizenship**: American identity after globalization. First Printing. Oxford: Oxford University Press, 2008.

STIGLITZ, J. E. **Freefall**: America, free markets, and the sinking of the world economy. New York: W. W. Norton & Company, 2010.

STIGLITZ, J. E. **Making globalization work**. New York: W. W. Norton & Company, 2007.

STIGLITZ, J. E. **Globalization and Its discontents**. New York: W. W. Norton & Company, 2003.

TAFT, D. R.; DONALD, R.; ROBBINS, R. **International migrations**: the immigrant in the modern world / by Donald R. Taft, Richard Robbins. New York: The Ronald Press, 1955.

TAYLOR, A. L.; BETTCHER, D. W.; PECK, R. **International Law and the International Legislative Process**: a case study of the WHO Framework Convention on Tobacco Control. Global Public Goods and Health. Oxford: Oxford University Press, 2003.

THE LAW of Nationality. **The American Journal of International Law**, v. 23, n. 2, p. 1-129, 1929.

TORPEY, J. C. **The invention of the passport**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

TRAUNER, F.; KRUSE, I. EC Visa facilitation and readmission agreements: a new standard EU Foreign Policy Tool? **European Journal of Migration & Law**, v. 10, n. 4, p. 411-438. DOI: Article, 2008.

TRIBE, L. H.; DORF, M. C. **On reading the Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

TUSHNET, M. V. The Inevitable Globalization of Constitutional Law (December 18, 2008). Hague Institute for the Internationalization of Law; Harvard Public Law Working

Paper n. 09-06. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1317766>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

TUSHNET, M. V. **Making Constitutional Law**: Thurgood Marshall and the Supreme Court, 1961-1991. New York: Oxford University Press, 1997.

UNDOCUMENTED Immigrant Debate: Introduction (1 of 12). 2007. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=eWl4CzXVRA4&feature=youtube_gdata>. Acesso em: 13 abr. 2010.

VALS, P. La nacionalidad. **Revista de Derecho Puertorriqueño**, Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico, v. 19, p. 135-240. 1981.

VAN CREVELD, M. Ascensão e declínio do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VENTURA, D. F. L. ; ILLES, P. . Estatuto do Estrangeiro ou Lei de Imigração? <http://diplomatie.uol.com.br/artigo.php?id=744>. Le Monde Diplomatique Brasil, São Paulo, p. 14 - 15, 31 jul. 2010.

VERSCHUEREN, H. European (internal) migration law as an instrument for defining the boundaries of national solidarity systems. **European Journal of Migration & Law**, v. 9, n. 3, p. 307-346. DOI: Article, 2007.

VITÓRIA, F. de. **Os índios e o direito da guerra**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2006. (Coleção Clássicos do Direito Internacional). Tradução de: De indis et de jure belli relectiones.

VON BOGDANDY, A. Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law. **Int. J. Constitutional Law**, v. 6, n. 3-4, p. 397-413. DOI: 10.1093/icon/mon015, 2008.

WALZER, M. **Spheres of Justice**: a defense of pluralism and equality. New York: Basic Books, 1983.

WEIS, P. **Nationality and statelessness in international law**. Dordrecht, Netherlands: Kluwer Law International, 1979.

WENK, M. G. The refugee: a search for clarification. **International Migration Review**, v. 2, n. 3, p. 62-69, 1968.

WEISSBRODT, D. S.; DANIELSON, L. **Immigration Law and Procedure in a Nutshell**. 5th ed. New York: Thomson West, 2005.

WERBNER, P. The translocation of culture: migration, community, and the force of multiculturalism in history. **SSRN eLibrary**. 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=739205>. Acesso em: 21 mar. 2010.

ZIMMERMANN, K. F. European migration: push and pull. **International Regional Science Review**, v. 19, n. 1-2, p. 95-128. DOI: 10.1177/016001769601900211, 1996.

Sites

<http://www.gfmd.org>
<http://www.hwwi.org>
<http://www.un.org>
<http://curia.europa.eu>