



Daniel Cabó Diógenes

O DIREITO À NACIONALIDADE E A PROTEÇÃO DO ESTRANGEIRO SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Dissertação de Mestrado na Área de Especialização em Ciências
Jurídico-Políticas / Menção em Direito Constitucional, apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do
Professor Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



**O DIREITO À NACIONALIDADE E A PROTEÇÃO DO ESTRANGEIRO SOB A
PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS**

Daniel Cabó Diógenes

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos
em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Políticas / Menção em
Direito Constitucional.*

Orientador: Professor Doutor Jónatas Eduardo M. Machado

Coimbra

2015

Considero-me estrangeiro em qualquer país, alheio a qualquer raça. Pois a terra é minha pátria e a humanidade toda é meu povo.

Kahlil Gibran

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, minha raiz e porto seguro, e também aos meus irmãos por toda a convivência desde o início e por sempre me fornecerem apoio e incentivo incondicionais no cotidiano e pela presença concreta em minha vida, mesmo nas distâncias.

Aos grandes amigos, que não poderiam ser listados em tão pouco espaço, pelo crescimento e aprendizado com as diferenças, por tudo o que já vivenciamos juntos e por tantas outras experiências que ainda hão de vir, que me dão a certeza de que tempo e distância nunca serão fatores determinantes para o afeto entre as pessoas.

Aos queridos amigos que Coimbra me deu, de forma particular, com quem dividi umas casas, algumas viagens e muitas experiências de vida. Pela fraternidade, palavras de incentivo, trocas de ideias e, sobretudo, pelos bons momentos que a memória não apaga, em especial à Gabriela, Juliana, Tomás, Júlia, André, Cristiane, Adriana, Miquele, Guilherme, Lia e Louise.

Ao professor Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado, por aceitar ser meu orientador, com toda sua inteligência, competência e dedicação, bem como pelas reflexões despertadas pelos seus ensinamentos.

Deixo, igualmente, uma palavra de agradecimento aos professores com quem tive o privilégio de ter aulas ao longo da parte letiva deste 2º ciclo de estudos em Direito: a Sra. Prof. Doutora Paula Margarida Cabral Santos Veiga, a Sra. Prof. Doutora Suzana Tavares da Silva, e o Sr. Prof. Doutor Fernando Alves Correia.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

§ - Parágrafo

ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados

Al. – Alínea

Art. – Artigo

C/c – Cumulado com

Cf. – Conforme

CGI – Coordenação-Geral de Imigração

CICV – Comitê Internacional da Cruz Vermelha

CIJ – Corte Internacional de Justiça / Tribunal Internacional de Justiça

Conare – Comitê Nacional para Refugiados

CPLP – Comunidade dos Países de Língua Portuguesa

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DIH – Direito Internacional Humanitário

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

Ed. – Edição

EEB – Estatuto do Estrangeiro no Brasil

FISNCV – Federação Internacional das Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho

FRIDE – Fundação para as Relações Internacionais e o Diálogo Exterior

Frontex – Agência Europeia de Gestão das Fronteiras Externas

LCJIMP – Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal

MSF – Médicos Sem Fronteiras

MTB – Ministério do Trabalho do Brasil

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMC – Organização Mundial do Comércio

ONG – Organização Não Governamental

ONU – Organização das Nações Unidas

PIDCP – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais

Séc. – Século

SEF – Serviço de Estrangeiros e Fronteiras

SIS – Sistema de Informação Schengen

STF – Supremo Tribunal Federal

TPI - Tribunal Penal Internacional / Corte Penal Internacional

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

UE - União Europeia

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	9
1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
1.1. Relação entre os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais	14
1.2. Concretização dos Direitos Humanos – da Antiguidade Clássica à Contemporaneidade	16
1.2.1. <i>Antiguidade Clássica</i>	17
1.2.2. <i>Idade Média</i>	19
1.2.3. <i>Idade Moderna</i>	21
1.2.4. <i>Contemporaneidade</i>	24
a) Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948)	29
b) Convenção de Genebra relativa ao Estatuto do Refugiado (1951)	30
c) Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (1954)	31
d) Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher Casada (1957)	31
e) Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965)	32
f) Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966)	33
g) Pacto de San José da Costa Rica (1969)	35
h) Convenção 143 da Organização Internacional do Trabalho sobre Trabalhadores Migrantes (1975)	35
i) Declaração sobre os Direitos Humanos dos indivíduos que não são nacionais do país em que vivem (1985)	36
j) Convenção Internacional para Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e seus Familiares (1990)	37
1.3. Raízes históricas das normas de proteção aos estrangeiros	38
2. SOBERANIA E NACIONALIDADE	41
2.1. Nacionalidade, cidadania e direitos políticos	41
2.2. Releitura de termos clássicos no âmbito das comunidades internacionais	44
2.2.1. <i>Relativização da Soberania</i>	44
2.2.2. <i>Cidadania na era cosmopolita</i>	47
2.2.3. <i>O estrangeiro no Direito Europeu</i>	52
2.3. Determinação da nacionalidade e os limites impostos pelo Direito Internacional	54
2.3.1. <i>Direito humano fundamental à nacionalidade</i>	56

2.3.2	<i>Plurinacionalidade e apatridia</i>	59
2.4	Condição Jurídica do Estrangeiro em Portugal e no Brasil	62
2.4.1	<i>Restrições à entrada de estrangeiros</i>	64
2.4.2	<i>Saída compulsória de estrangeiros</i>	70
3.	A PROTEÇÃO DO ESTRANGEIRO	79
3.1	A titularidade dos direitos fundamentais por pessoa estrangeira	79
3.2	Direito dos Estrangeiros.....	85
3.2.1	<i>Direito de Asilo</i>	86
3.2.2	<i>Direito dos Refugiados</i>	92
3.2.3	<i>Direito Humanitário</i>	97
3.3	Migração: desafios e perspectivas atuais	101
3.3.1.	<i>A construção da imagem do inimigo e a guerra contra a imigração</i>	104
3.3.2.	<i>Centros de detenção para imigrantes com documentação irregular</i>	110
3.3.3.	<i>A atual política migratória na Europa</i>	114
	CONCLUSÃO	121
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	124
	INSTRUMENTOS NORMATIVOS	136

INTRODUÇÃO

O estudo da proteção dos estrangeiros é bastante complexo, tendo em vista a grande diversidade de situações em que eles podem estar inseridos: imigrantes, estudantes, trabalhadores, turistas, refugiados e até prisioneiros de guerra. Cada uma destas conjunturas possui particularidades e características próprias. Entretanto, apesar destas diferenças, sob a ótica dos direitos humanos e fundamentais, todos possuem um ponto de convergência: são seres humanos e como tais devem ter resguardado um mínimo de direitos.

Analisando a evolução histórica do Estado Democrático de Direito, percebe-se sua crescente importância no tocante ao asseguramento de garantias e direitos fundamentais a todos, independente de qualquer fator de classificação, tais como idade, gênero, raça, origem, etnia, convicção política, religião ou orientação sexual.

A noção e compreensão de tais direitos estão ligadas a fatores culturais, de tal forma que seu rol vem sendo alargado ao passo que a própria humanidade se desenvolve. Do processo de evolução cultural, social, cognitivo e até tecnológico, surgem novas problemáticas e novos direitos. Certos valores que não eram objeto de reflexão no passado, como a proteção do meio ambiente, podem ser considerados essenciais ao ser humano na atualidade. Dessa forma, vários direitos outrora desprezados são objeto de ampla proteção nos dias de hoje. Nesta seara se incluem muitos dos direitos de minorias e grupos marginalizados.

É natural que estas mudanças contínuas reflitam na compreensão de certos institutos, que não mais se encaixam em suas definições clássicas, principalmente após a intensificação da globalização, a aglutinação dos países em blocos e a internacionalização dos direitos humanos, de tal sorte que conceitos como soberania, estrangeiro e cidadania precisam ser reinterpretados de forma compatível com as novas dinâmicas sociopolíticas da atualidade.

Dentre esses direitos humanos fundamentais, destacamos dois que são eminentemente básicos para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana –

e sobre os quais se erguem diversos outros –, que irão nortear o desenvolvimento deste trabalho: o direito à nacionalidade e de igualdade.

Isto porque, mesmo depois de ter sido sedimentado o entendimento de que certos direitos são essenciais a toda e qualquer pessoa, a humanidade ainda permite que estes sejam restritos em certas situações ou com relação a alguns grupos de pessoas, dentre os quais frequentemente figuram os estrangeiros. O simples cruzar de uma fronteira pode fazer com que a nacionalidade de um indivíduo deixe de ser vista como um direito fundamental, que garante uma série de proteções em seu país, e se transforme em um pesado fardo, critério de discriminação e exclusão.

Muitos Estados ainda mantêm normas de direito interno voltadas à proteção do essencial ao ser humano, mas direcionadas apenas aos cidadãos nacionais, admitindo, com naturalidade, a exclusão dos estrangeiros de seu campo de aplicação. E, ainda aqueles em cujas normas haja a previsão, na teoria, de tratamento isonômico das pessoas independente de sua procedência, a prática interna costuma nos mostrar uma realidade completamente diversa.

Há inúmeros relatos de pessoas que sofreram abusos em portos e aeroportos por parte das guardas de fronteira, que vão desde tratamentos vexatórios, até o confinamento, que pode se arrastar por dias, em condições precárias, com privação de bens e de contato e, principalmente, sem informações acerca do que está acontecendo. Muitas das pessoas são repatriadas, ainda que portando todos os documentos exigidos para o ingresso, sem que lhes sejam comunicadas ao certo as razões do impedimento de entrada. No mundo atual, globalizado e internacionalmente integrado, em que se observa intenso fluxo de pessoas de um país para outro, as probabilidades de ocorrência de problemas desta natureza aumentam exponencialmente.

A situação daqueles que, por quaisquer razões, intentam imigrar sem a documentação necessária é ainda pior, pois podem ser conduzidos para centros de detenção – muitos dos quais não diferem em nada de presídios comuns – com diversos relatos de agressões físicas, abusos sexuais e ameaças de morte. Em alguns países eles podem ser presos ou condenados a penas violentas, como açoitamentos.

Enganam-se os que pensam que tais arbitrariedades pautadas em preconceitos são exclusivas dos Estados Unidos e dos países da Europa ocidental. Muito embora estes ainda

concentrem a maioria das denúncias, há muitos relatos de abusos cometidos também por países africanos e latino-americanos, o que deixa claro que se trata de um problema global.

Não se tenciona questionar a existência da autonomia do Estado em controlar o ingresso de estrangeiros em suas fronteiras. Entretanto, a prática reiterada de impedimentos de entrada infundados, bem como o tratamento dispensado a imigrantes com situação documental irregular, são demasiadamente danosos para a humanidade e incompatíveis com o quadro atual de integração e mobilidade internacional.

Dessa forma, busca-se desenvolver pesquisa que responda aos seguintes questionamentos: No estágio atual de proteção dos Direitos Humanos em escala internacional, é admissível que garantias fundamentais sejam restringidas com relação aos estrangeiros? Quais formas de discriminação entre nacionais e estrangeiros são legítimas? O Estado pode ser responsabilizado internacionalmente pela violação destas garantias?

Para fins didáticos, o trabalho se divide em três capítulos, organizados da seguinte forma:

No primeiro capítulo será abordada a relação entre os direitos fundamentais e direitos humanos e, depois de superada a questão conceitual levantada, será feita uma breve síntese histórica acerca da concretização dos direitos humanos fundamentais ao longo do tempo, desde a antiguidade clássica até a atualidade, mencionando documentos e tratados importantes de marcam esta evolução, com foco especial no direito à nacionalidade e estrangeiros, bem como apresentar as raízes históricas das normas de proteção dos estrangeiros.

No capítulo seguinte trabalharemos conceitos importantes como nacionalidade, soberania, cidadania, direitos políticos, bem como faremos uma análise da releitura destes, imposta, principalmente, pela globalização e pelos blocos internacionais, intensificados no final do séc. XX e início do séc. XXI, além de estudar a condição jurídica do estrangeiro nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, com as implicações inerentes das comunidades internacionais dos quais estes dois países fazem parte.

Por fim, no último capítulo será abordada a titularidade das garantias fundamentais pela pessoa estrangeira e quais distinções podem ser feitas entre estes e os cidadãos nacionais, bem como serão analisados alguns institutos e ramos do Direito Internacional Público que ganharam novos contornos, com maior grau de relevância e novas dimensões

alcançadas com a reconstrução dos Direitos Humanos no segundo Pós-Guerra – Direito de Asilo, Refúgio e Humanitário –, além de analisar os principais desafios e perspectivas da migração na atualidade.

Ao final, serão expostas as derradeiras considerações deste estudo, refletindo sobre a condição jurídica do estrangeiro, com suas particularidades e vulnerabilidades, bem como a forma como o problema é enfrentado no cenário internacional e suas consequências.

No que tange aos aspectos metodológicos, as conjecturas são examinadas por meio de pesquisa bibliográfica mediante estudos baseados em trabalhos científicos publicados sob a forma de livros, periódicos, artigos, teses, enfim, publicações especializadas, imprensa escrita e dados oficiais publicados na *Internet*, que se acercam direta ou indiretamente o objeto em apreciação. Quanto à tipologia da pesquisa, esta é, conforme o emprego dos resultados, pura, visto ser alcançada somente com o desígnio de expandir os conhecimentos. De acordo com a abordagem, é qualitativa, com a apreciação dos fatos reais no que reporta à matéria nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, bem como no cenário da União Europeia. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva – uma vez que, além de delinear o problema apresentado, também o explica, classifica e esclarece –, e exploratória, pois busca aprimorar ideias, aprofundar informações e tecer críticas sobre a temática em foco.

1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alguns direitos são essenciais a todo e qualquer ser humano. Partimos dessa premissa para concluir que, em um Estado democrático de direito, o poder público deve assegurá-los de forma concreta e eficaz, garantindo seu acesso a todos.

Não deveria haver, portanto, muitas divergências acerca do sujeito destes direitos. Contudo, há uma grande problemática quando se trata de definir, sobretudo no plano internacional, o objeto: quais direitos comporiam este núcleo intangível, que deve ser assegurado a toda pessoa, independente de qualquer classificação a ela aplicada, ou do contexto geopolítico em que esteja inserida?

Isto porque, em decorrência das grandes diferenças socioculturais existentes no mundo, a expressão de um direito pode ser considerada essencial em um lugar e ignorada em outro. Do mesmo modo, há práticas consideradas inadmissíveis em certas sociedades e que são toleradas, às vezes incentivadas – e até valorizadas – em outras culturas.

A consolidação dos direitos fundamentais acompanha, e por vezes se confunde, com o progresso da própria civilização. Inúmeras são as transformações sociopolíticas sofridas pela humanidade ao longo de sua evolução, e, para uma melhor compreensão da situação vigente, tal sucessão de mudanças não pode ser ignorada, de sorte que é imprescindível que se explore as relações de causa e consequência que ocasionaram tais mutações até que o estágio atual fosse alcançado.

Apesar da carência de consensos quanto ao objeto, hoje já se sedimentou o entendimento de que os direitos humanos não são, via de regra, passíveis de restrição quanto a seus sujeitos. Outrora, entretanto, quando a categorização social era mais rígida, falar em igualdade indistinta entre os homens seria absurdo.

Ademais, como no campo das ciências humanas é bastante difícil – senão impossível – estabelecer uma regra que não comporte exceções, mesmo após o enraizamento da percepção de essencialidade de certos direitos, a humanidade insiste em

tolerar sua restrição em determinadas situações ou quanto a determinados grupos de pessoas, dentre os quais comumente se incluem os estrangeiros, definidos como todas as pessoas com cidadania distinta do país em questão, ou sem qualquer cidadania (apátridas)¹.

Em outros tempos, muitos Estados possuíam em seus ordenamentos uma grande gama de normas jurídicas e vasta prática interna – nas esferas administrativa, legislativa e judicial – voltada ao anteparo do ser humano, mas que admitiam, sem maiores questionamentos, a discriminação contra estrangeiros, de tal forma que, nestes sistemas, os direitos fundamentais eram prerrogativas apenas dos cidadãos nacionais².

Mesmo no patamar de evolução alcançado na atualidade é possível verificar certa resistência em muitos Estados, ainda que de forma velada, quanto ao reconhecimento de estrangeiros como pessoas, que devem ter sua dignidade respeitada e, principalmente, assegurada pelo poder público.

Após estudarmos a relação entre os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais, e superarmos a questão terminológica que os cerca, passaremos a analisar a evolução histórica dos direitos humanos, desde o período clássico até o contemporâneo, e, em seguida, apresentar o desenvolvimento das normas de proteção dos estrangeiros ao longo da história que, como veremos adiante, está diretamente ligado à concretização dos direitos humanos, mas apresenta particularidades de grande relevo.

1.1. Relação entre os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais

Conforme abordado anteriormente, tem se consolidado, ao longo do tempo, a ideia de que alguns direitos devem ser tidos por essenciais a todo ser humano. A doutrina constitucional tem conceituado tal bloco de garantias sob diferentes prismas, mas com a mesma finalidade: definir um núcleo de direitos intangíveis, que deve ser assegurado a toda e qualquer pessoa, independente de qualquer classificação social a ela aplicada, ou do contexto geopolítico em que esteja inserida.

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed., Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 357.

² SOARES, Guido Fernando Silva. Os Direitos Humanos e a Proteção dos Estrangeiros, *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 99, 2004, pp. 403-460, p. 406.

As expressões adotadas são várias. Sem tencionar exaurir todas as nomenclaturas e correntes utilizadas, explicitaremos algumas abaixo, de forma exemplificativa.

Nas Declarações de Direitos do século XVIII comumente se utilizava o termo «*direitos naturais*», fortemente ligado ao jusnaturalismo, que traduzia ideia de que tais direitos existem, independente de previsão jurídica, uma vez que estes seriam garantias naturais do ser humano. Segundo essa ideia, a lei da natureza seria tão inteligível quanto as leis positivadas, talvez até mais claras, na medida em que a razão é mais fácil de ser compreendida que as criações e maquinações do homem³. É uma terminologia que está em desuso, por ser antiquada e inadequada para transmitir a noção atual.

Também de conotação jusnaturalista, a doutrina anglo-saxã adota a expressão «*direitos morais*», muito ligada à ideia de Estado Liberal, dificultando tanto os direitos de participação política quanto os sociais, culturais e econômicos⁴. Do mesmo modo, a locução «*direitos públicos subjetivos*» intenta delinear os direitos essenciais ao ser humano, impondo um limite aos poderes públicos, sem, contudo, se impor nas relações entre particulares⁵.

Avançando um pouco mais nesta seara, a doutrina francesa adotou a terminologia «*liberdades públicas*» ou «*liberdades fundamentais*», que compreendem não apenas os direitos ligados ao Estado, mas também as relações aos particulares⁶. Entretanto, tais expressões permanecem falhas por não serem capazes de abranger direitos sociais, culturais e econômicos.

Percebe-se, portanto, que muitos desses conceitos, embora oriundos de uma ideia comum, não são adequados para o grau evolucionário atual, tendo em vista que, sob um ou outro aspecto, tais expressões limitam o alcance desses direitos tidos por fundamentais, indo de encontro à concepção vigente, que busca ampliar sua aplicação a todas as esferas.

À vista disso, a doutrina contemporânea majoritária tem utilizado a dicção «*direitos fundamentais*» e «*direitos humanos*».

³ LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. Tradução de E. Jacy Monteiro, in *Coleção Os Pensadores*. vol. XVIII. São Paulo: Abril Cultural, 1973, pp. 43-44.

⁴ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General*. Universidad Carlos III de Madrid. Madri: Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 45

⁵ *Idem*, p. 28.

⁶ ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*. Barueri: Manole, 2005, p.14.

Não é rara a confusão entre os termos, aplicando-se um em vez do outro, principalmente, mas não exclusivamente, em publicações não especializadas. Parte da doutrina chega a considerá-los sinônimos; mas não o são. Além das diferenças claras entre si, possuem também uma seara de aplicabilidade prática distinta. Como bem explica o notório jurista Ingo Wolfgang Sarlet⁷:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos', guardaria relação como os documentos de Direito Internacional por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional⁸.

Mas embora sejam termos distintos, longe estão de serem antagônicos. Pelo contrário: são termos intimamente relacionados, apesar das diferentes esferas de positivação⁹, que apontam em uma mesma direção, sendo, portanto, complementares.

Deste modo, sem ignorar as diferenças apontadas acima, mas considerando as raízes comuns e a relação de complementariedade estabelecida entre elas, este trabalho irá abordar ambas as expressões, de maneira conjunta, para se referir aos direitos essenciais a todas as pessoas, independente de estarem expressos em constituições nacionais ou normas internacionais. Serão, portanto, diferenciados apenas nos momentos em que forem realmente divergentes.

1.2. Concretização dos Direitos Humanos – da Antiguidade Clássica à Contemporaneidade

Os passos iniciais para o reconhecimento e concretização dos direitos humanos estão relacionados com a luta contra o poder político. Somente após a consolidação da

⁷ Célebre jurista brasileiro, Doutor em Direito pela Ludwig Maximilians Universität München, com atuação especial nas áreas de Direito Constitucional e Teoria dos Direitos Fundamentais, tendo como principal linha de pesquisa a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais no direito público e privado, com ênfase em direitos sociais, dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na sociedade tecnológica, com pesquisas desenvolvidas e publicações em mais de dez países espalhados pelas Américas, África e Europa.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.35.

⁹ *Idem*, p. 42.

ideia de que nenhum poder deve ser ilimitado ao ponto de não respeitar um núcleo mínimo de garantias inerentes ao ser humano é que se pode refletir sobre quais seriam esses direitos.

Utilizamos os termos consolidação ou concretização, pois não seria apropriado falar em instituição dos direitos humano, posto que não se trata de um acontecimento específico, com data certa. Pelo contrário, a noção que se tem hoje acerca dessas garantias é resultado de um longo e vagaroso processo de transformações e amadurecimentos ao longo dos séculos, e que certamente ainda não atingiu seu estágio máximo de desenvolvimento. Ademais, este procedimento evoluiu de formas e em tempos distintos nas diferentes localidades do globo, o que dificulta ainda mais traçar de forma precisa seu quadro evolutivo.

Portanto, com base em documentos inovadores, marcos históricos e figuras importantes, cujos pensamentos ou obras trouxeram ganhos para os direitos humanos, tentar-se-á estabelecer um histórico de desenvolvimento destes direitos, mas tendo em consideração de que não se trata de um processo uniforme, tampouco linear, considerando a ocorrência de períodos mais sombrios na história da humanidade, que frearam, ou até retrocederam, o desenvolvimento das garantias fundamentais.

Classicamente se afirma que a noção de direitos humanos foi cunhada ao longo dos três últimos milênios da civilização, embora haja documentos anteriores que, de alguma forma, viriam a contribuir para a proteção das garantias fundamentais, como o Código de Ur-Nammu (Suméria, por volta de 2040 a.C.) – que previa a possibilidade de reparação pelo que hoje são conhecidos como danos morais – e o famoso Código de Hamurabi (Mesopotâmia, cerca de 1700 a.C.), que regulamentava diversos pontos da sociedade assíria\babilônica. Esses códigos foram importantes por inovarem ao trazerem regras para disciplinar a vida em sociedade num período em que prevalecia o exercício arbitrário das próprias razões, com ampla aplicação de penas de morte e/ou cruéis, em civilizações que careciam de regras protetivas da sociedade.

1.2.1. Antiguidade Clássica

Os primeiros registros históricos de limitação do poder político e, portanto, dos primórdios dos direitos humanos, datam dos séculos XI e X a.C., no reino unificado de

Israel, sob o governo do Rei Davi¹⁰. Isto porque tal monarca se proclamava apenas um representante divino, não a própria divindade, como era comum nos regimes da época¹¹.

A primeira vista pode aparentar pouco distinguir, ainda que minimamente, a figura do governante com a de deus, mas este rompimento seria essencial para possibilitar o surgimento do Estado de Direito, séculos mais tarde.

Isto porque, em uma sociedade cujo líder é considerado uma divindade, não há espaço para a limitação de sua atuação. Um deus está acima dos homens, devendo o povo se submeter ao que quer que ouse esta deidade.

Mais à frente, no século VI, a.C., surgem as primeiras instituições democráticas em Atenas e, no século seguinte, fundou-se a república de Roma. A governança ateniense desenvolveu-se de forma consideravelmente limitada, tanto pelas leis, quanto pelo conglomerado de instituições de participação ativa dos cidadãos, pelo qual o povo, de forma inédita, governava a si mesmo, ao eleger seus governantes e ao decidir diretamente em assembleia sobre questões políticas de grande relevo, tais como a adoção de novas leis, declaração de guerra e conclusão de tratados de paz ou de aliança¹².

Ademais, os dirigentes políticos estavam submetidos a um regime de responsabilidade, de tal forma que eram obrigados a prestar contas de sua gestão com o povo, além de poderem ser constrangidos em processo criminal, movido por qualquer cidadão¹³.

Em Roma, por sua vez, o poder político também fora limitado, mas não pela participação ativa da sociedade. Instituiu-se na república romana um sistema de controles recíprocos entre os órgãos políticos¹⁴. O famoso sistema de *checks and balances*, que futuramente seria consagrado pelo pensador francês Montesquieu, fora mais inspirado nesta forma de governo romano, que fora, de fato, aplicado na prática, que na Constituição inglesa, em que era apenas uma idealização¹⁵.

¹⁰ COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53.

¹¹ *Idem, ibidem*.

¹² *Idem*, p. 55

¹³ *Idem*, pp. 55-56.

¹⁴ *Idem*, p. 56.

¹⁵ *Idem*, p. 57.

Em 450 a.C. foram escritas, pelos magistrados da época, as normas que futuramente seriam conhecidas como a Lei das Doze Tábuas, marco do surgimento dos princípios da Publicidade e Igualdade. O primeiro decorrente de as normas terem sido apostas em doze peças de madeira expostas em frente ao fórum romano para que todas as pessoas pudessem vê-las. O segundo por ser uma das primeiras leis que ditou normas eliminando as diferenças de classes. Mais tarde estas normas seriam compiladas pelo rei Justiniano e exerceriam grande influência sobre o direito moderno.

Com a onda imperialista iniciada por Alexandre Magno, a partir do século IV a.C., destruiu-se os sistemas democráticos apresentados acima, o que representa um grande retrocesso na evolução dos direitos fundamentais.

Somente após invasões bárbaras, em meados do século V d.C, que ocasionaram a extinção do império romano do Ocidente, parte das instituições clássicas foram retomadas e mescladas com os recém-surgidos valores cristãos e elementos da cultura germânica.

1.2.2. Idade Média

Durante a Alta Idade Média o sistema vigente era o Feudalismo, marcado pela descentralização política, em que a propriedade de terras era o que dividia a sociedade entre senhores e servos, sem perspectiva de ascensão social¹⁶.

Neste período não havia garantias de direitos mínimos. Os súditos ficavam a mercê da sorte, uma vez que poderiam integrar feudos em que os respectivos senhores adotassem diferentes ideologias. Enquanto uns respeitavam a dignidade humana daqueles que o serviam, outros eram mais totalitários, e conduziam seu domínio com "braço de ferro".

Há registros de contratos feudais, em que o rei se comprometia respeitar os direitos de seus súditos. Tais documentos contribuíram para a efetivação futura dos direitos humanos.

A ideia de limitação do poder dos governantes foi retomada na transição da Alta para a Baixa Idade Média, ocorrida entre os séculos XI e XII. Isso porque, com o fim do período feudal, em que o poder político aparecia como uma figura distante, tem-se início uma nova disputa para determinar a quem pertenceria o controle do território europeu

¹⁶ COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica... op. cit.*, pp. 57-58.

quando da retomada da unidade política. Esta contenda foi marcada por muitos abusos, que trouxeram, como consequência, grande revolta popular.

Sucedeu-se, então, a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a certos seguimentos ou comunidades – nunca a todas as pessoas – principalmente através de forais ou cartas de franquia¹⁷.

A *Magna Charta Libertatum*, outorgada por João-Sem-Terra, em 15 de junho de 1215, a qual intentava pôr um fim no poder absoluto pelos governantes ingleses, em especial o do rei João. Resultado de desentendimentos entre o monarca, o Papa Inocêncio III e os barões da Inglaterra sobre as prerrogativas do rei, este documento reconhecia que a vontade do soberano se sujeitaria à lei e determinava a renúncia a certos direitos por parte do monarca. Além disso, havia a previsão de uma série de garantias, tais como que o valor da multa aplicada deveria ser proporcional ao delito cometido pelo infrator¹⁸ (o que poria um fim às penalidades desarrazoadas impostas por mera liberalidade do governante), a observância do devido processo legal¹⁹, o livre acesso à Justiça²⁰, a liberdade de locomoção e a livre entrada e saída do país²¹.

Também no século XIII, surge a influente figura de Santo Tomás de Aquino, que condenava severamente as práticas violentas e discriminatórias e afirmava a existência de direitos naturais inerentes a todos os seres humanos, e que estes deveriam ser respeitados incessantemente, garantindo, ainda, o direito daqueles submetidos a condições indignas se rebelarem²².

Contudo, a realidade da época era diferente. Não havia uma universalidade relativa aos direitos humanos. Estes eram reconhecidos apenas com relação a certas camadas

¹⁷ As Cartas de Foral, ou Forais, eram documentos utilizados em Portugal no período medieval para o estabelecimento de um Concelho, sendo o documento primordial para a criação de um município. Além de libertar o Concelho dos desmandos do Senhor Feudal – submetendo-o diretamente ao Rei –, o Foral, cuidava de regular terras públicas para uso comum, bem como impostos e multas. Já as cartas de franquia eram documentos emitidos na Espanha na Idade Média, de cunho eminentemente individual, visando conferir aos burgueses a liberdade plena através da cessação da servidão aos senhores feudais após a permanência nos Burgos por determinado período temporal.

¹⁸ Cláusula 25.

¹⁹ Cláusula 39.

²⁰ Cláusula 40.

²¹ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 25-26.

²² DALLARI, Dalmo de Abreu. A Luta pelos Direitos Humanos. In: LOURENÇO, Maria Cecília França. *Direitos Humanos em Dissertações e Teses da USP: 1934-1999*. São Paulo: Universidade de São, 1999, p. 54.

sociais e limitados a determinada extensão territorial. Portanto, o grupo prevalecia sobre o indivíduo, de tal modo que a igualdade era estratificada²³.

1.2.3. *Idade Moderna*

Com o advento do Estado Moderno, ocorreu a centralização do poder político, com um mesmo direito vigente em todo o reino, sem as diversas fontes de comando características do período medieval. O desenvolvimento do comércio trouxe consigo uma nova classe social, que não participava da sociedade feudal: a burguesia.

Verificou-se, também uma grande mudança comportamental na sociedade, quando as explicações científicas passaram a ser também admitidas, deixando de ser a religião a única forma de justificação para todos os fenômenos²⁴.

O século XVII foi marcado por grandes questionamentos acerca de certezas até então consolidadas. Ocorreu a chamada «crise de consciência europeia»²⁵. Foi um período de grandes transformações sociais, políticas, científicas e artísticas. Este momento trouxe de volta consigo o sentimento de liberdade, catalisado pela memória de resistência aos regimes totalitários, e os perigos que eles representavam.

Foi um período de grande importância para a sociedade, em que surgiram muitos documentos que se tornariam diretrizes primordiais para os Direitos Humanos. No entanto, as liberdades pessoais não eram asseguradas indistintamente a todos os indivíduos; priorizava-se o clero e a nobreza. Mas, em decorrência de seu caráter mais abstrato, tais garantias culminaram sendo estendidas à burguesia, o que possibilitou a prosperidade do capitalismo industrial²⁶. Dentre estes documentos mencionados, destacam-se quatro principais, que veremos a seguir.

O primeiro deles, datado de 1628, a *Petition of Rights* foi firmada por Carlos I, tendo a Magna Carta por referência, e pleiteava o reconhecimento de direitos e liberdades para os súditos do Rei. Através dele, demandava-se a imprescindibilidade de

²³ RUBIO, Valle Labrada. *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos: Fundamento, Historia, Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948*. Madrid: Civitas, 1998, p. 72.

²⁴ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales... op. cit.*, p. 115-127.

²⁵ Para maior aprofundamento sobre o tema, vide: HAZARD, Paul. *La crise de la conscience européenne, 1685-1715*. Paris: Fayard, 1961.

²⁶ COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica... op. cit.*, p. 61.

consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento, para tributação, e garantia que ninguém seria chamado a responder ou prestar juramento, nem obrigado a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de qualquer forma molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em pagá-los²⁷.

Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que:

(...) há que referir o pensamento de Lord Edward Coke (1552 - 1634), de decisiva importância na discussão em torno da *Petition of Right* de 1628, o qual, em sua obra e nas suas manifestações públicas como juiz e parlamentar, sustentou a existência de *fundamental rights* dos cidadãos ingleses, principalmente no que diz com a proteção da liberdade pessoal contra a prisão arbitrária e o reconhecimento do direito de propriedade tendo sido considerado o inspirador da clássica tríade vida, liberdade e propriedade, que se incorporou ao patrimônio do pensamento individualista burguês.²⁸

O documento em comento também previa, de forma expressa, a necessidade julgamento pelos pares para a aplicação de pena privativa de liberdade, vedando-se as detenções arbitrárias²⁹, de forma que nenhum homem livre ficasse preso ou detido ilegalmente.

Neste mesmo sentido, o segundo grande passo foi a regulamentação do *Habeas Corpus* para combater prisões arbitrárias. Muito embora, há mais de 400 anos, a Magna Carta já mencionasse em seu texto a possibilidade desse mandado judicial em caso de prisão ilegal, não havia um detalhamento de sua processualidade, o que fazia com que sua eficácia como remédio jurídico fosse muito limitada. Isto só ocorreu com a edição da Lei de 1679, sob a denominação oficial de «Uma Lei para Melhor Garantir a Liberdade do Súdito e para Prevenção das Prisões de Ultramar», que ficou mais conhecida como ***Habeas Corpus Amendment Act***.

Este ato garantia que qualquer indivíduo detido ou acusado da prática de um crime pudesse pleitear por sua liberdade. Dentre outras previsões relevantes, destaca-se a previsão de multa de 500 libras àquele que tornasse a prender, pelo mesmo fato, pessoa

²⁷ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais... op. cit.*, p. 26.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2004, p.43.

²⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12.

que já tivesse obtido ordem de soltura³⁰. Embora tivesse aplicabilidade ampla, o *writ* não era irrestrito, de forma que não eram por ele abrangidos os casos de traição ou felonía³¹.

Pouco depois, em 1689, o Parlamento inglês elaborou a **Bill of Rights**, documento que assegurava o direito à vida, à liberdade, à propriedade privada e outras garantias. Representa mais uma perda de poder do monarca, ao prever uma monarquia parlamentarista, de tal forma que a autoridade real deveria se submeter completamente às leis, elaboradas pelo Parlamento. Após a destituição do rei absolutista James II, o novo rei, Guilherme III, aceitou os termos da declaração e foi coroado em seguida.

O documento em comento determinava que o rei não teria poder para revogar as leis editadas pelos parlamentares, nem impedir sua execução, além de vedar a aplicação de penas cruéis ou inusitadas e a exigência de fianças excessivamente onerosas para quem fosse processado em liberdade. Ademais, declarava-se como fundamentais o direito de liberdade de palavra, de imprensa e de reunião, além de garantir que ninguém seria privado da vida, liberdade ou bens sem o devido processo legal³².

Essa declaração exerceu, ainda, papel essencial na instituição da separação dos poderes, ao encarregar o parlamento da defesa dos súditos perante o rei. Seu funcionamento, portanto, não poderia ficar adstrito às liberalidades do monarca³³.

Por fim, temos a **Declaração de Direitos do Povo da Virgínia** de 1776, primeiro documento a conter princípios democráticos, soberania popular e direitos inerentes a todo e qualquer ser humano. Formulada no âmbito de luta pela independência dos Estados Unidos, esta declaração de direitos foi elaborada pelos representantes do povo, reunidos em assembleia geral e livre. O texto proclamava que todos os homens são iguais perante a lei, sem distinção de classe social, religião, raça ou sexo, com a conseqüente igualdade de condição política (o que implicava poder assumir cargos de governo). Tratava-se de direitos reconhecidos como natos de toda a pessoa humana, de tal sorte que estes não poderiam ser alienados ou suprimidos por uma decisão política³⁴.

³⁰ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais.... op. cit.*, p. 26

³¹ Felonia significa ação ou comportamento de deslealdade, maldade ou crueldade. Neste contexto referia-se à insubordinação do vassalo contra o senhor feudal.

³² TRENTIN, Lorivan Antônio Fontoura. *A Importância do Constitucionalismo na Realização dos Direitos Fundamentais*. São Leopoldo: Dissertação de Mestrado UNISINOS, 2003, p. 18.

³³ COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica...op. cit.*, p. 100.

³⁴ *Idem*, p. 121.

Claramente por ela influenciada, foi proclamada, no mesmo ano, a Declaração de Independência dos Estados Unidos. Ademais, o manifesto de Virgínia também inspirou nitidamente outras declarações de direitos tais como a Carta dos Direitos dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa (ambas de 1789).

Cumprido destacar que as declarações estadunidenses incorporaram direitos e liberdades que já haviam sido reconhecidos pela Inglaterra no século anterior e estendidos aos súditos das colônias americanas. A diferença é que, desta vez, não mais se trata de simples teoria, de direitos latentes ou em potencial. Agora, marcados pela supremacia e universalidade dos direitos naturais, lhes é reconhecida eficácia, inclusive quanto à representação popular, o que vincularia todos os poderes públicos³⁵.

Contudo, apesar dos grandes avanços deste período, não se pode falar, ainda, em universalidade de direitos, comuns a toda e qualquer pessoa com base tão somente em sua humanidade, pois neste momento os direitos ainda eram meras concessões reais, que poderiam ser revogadas a qualquer tempo, sem uma limitação permanente da atuação do poder político.

1.2.4. Contemporaneidade

A Revolução Francesa foi um período de grande movimentação sociopolítica, que impactou, de forma duradoura, não só a França, mas todo o continente europeu. Após ataque orquestrado por grupos políticos radicais de esquerda, pelas massas e camponeses, pôs-se um fim nos privilégios abusivos da nobreza e do clero. Em apenas três anos, a monarquia absolutista, vigente há séculos, entrou em colapso.

Neste contexto surge a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, proclamando, dentre outras garantias, o direito de resistência à opressão política, o respeito pela dignidade das pessoas, a laicidade do Estado, a liberdade de pensamento e opinião e igualdade dos cidadãos perante a lei. Esta proclamação foi utilizada como parâmetro para a Constituição Francesa de 1791.

No final do séc. XVIII, após as revoluções liberais, surgiu o constitucionalismo clássico – também conhecido como constitucionalismo liberal – que trouxe consigo as

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos... op. cit.*, p. 46-47.

primeiras constituições nacionais escritas e, com elas, ideais de liberdade, de supremacia da Constituição e de garantia jurisdicional para assegurar referida supremacia.

O século XIX está intimamente ligado com a consolidação dos direitos econômicos, sociais e culturais, principalmente em decorrência dos movimentos das classes proletárias, impondo ao Estado a obrigação não só de abster-se de práticas abusivas para preservar as liberdades dos cidadãos, mas também o dever de prestações positivas em áreas como o trabalho, a saúde e a educação³⁶. Consagrava-se, assim, a igualdade material, que está diretamente ligada ao surgimento do constitucionalismo moderno (ou social), no primeiro pós-guerra.

Após a Primeira Grande Guerra, em 1919, foi assinado o tratado de Versalhes que, além de acertar os termos de paz entre os Estados conflitantes, abordou a criação da Liga das Nações, que intentava promover a paz e prevenir novos conflitos entre seus membros. Embora não tenha logrado êxito em evitar a Segunda Guerra Mundial, a Liga das Nações foi eficaz em outros pontos, como no arbitramento de disputas nos Balcãs e da América Latina e na assistência econômica e proteção de refugiados.

Ademais, o tratado também englobou a constituição da Organização Mundial do Trabalho (OIT)³⁷ que, sob o prisma humanitário, se opunha ao trabalho em condições injustas, penosas e degradantes, análogas à escravidão.

Conforme mencionado, o objetivo maior da Liga das Nações – promover o diálogo entre as nações e proporcionar a solução pacífica de conflitos – não foi alcançado de maneira eficaz a ponto de conter a eclosão da Segunda Grande Guerra. Culminou-se, então, com a autodissolução do órgão em 1946, transferindo as atribuições remanescentes para a Organização das Nações Unidas (ONU), recém-criada.

A constituição do Tribunal de Nuremberg, tribunal de exceção para julgar os crimes pelas inúmeras violações de direitos humanos descobertas no Holocausto, foi a principal ponte para a internacionalização dos direitos humanos no século XX, pois foi onde ocorreram as primeiras condenações no âmbito internacional feitas legal e politicamente.

³⁶ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 127

³⁷ A OIT foi criada logo após a Primeira Guerra Mundial, pela Conferência de Paz, e sua Constituição foi convertida na Parte XIII do Tratado de Versalhes.

Após a Segunda Guerra Mundial, em 1945, foi criada a ONU – composta por um número bem maior de países que sua antecessora – cujos objetivos principais englobam a promoção da paz e a defesa dos direitos fundamentais do ser humano.

Tendo em vista os ensinamentos da história de que não há paz sem justiça social, foi publicada, em 1948, a **Declaração Universal dos Direitos do Homem**³⁸, retomando as discussões acerca dos direitos fundamentais que devem ser assegurados a todas as pessoas.

A DIDH reconhecia expressamente a dignidade inerente a todos os seres humanos, bem como a existência de direitos iguais e inalienáveis dela decorrentes, postos como fundamento da liberdade, da justiça e da paz mundial. Os Estados signatários se comprometeram a promover em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais. Entretanto, a natureza da DIDH é de resolução, o que implica não possuir força vinculante para com os países aderentes. Portanto, diante do desrespeito às disposições da declaração, os demais Estados e a própria ONU limitam-se a fazer protestos, com eficácia questionável. Por esta razão, fez-se necessário que outros tratados fossem aliados a ela, com o intuito de assegurar a efetividade da proteção dos direitos nela contidos.

É possível constatar que, a partir deste momento, os direitos humanos não mais representavam a simples autolimitação do Estado, como fora concebido anteriormente. A luta contra os abusos do poder estatal foi apenas o início da batalha a ser travada. Depois de grandes lutas e revoluções ao longo da história, os parâmetros alcançados na segunda metade do século XX são bem mais profundos, aproximando-se bastante da atual.

Em paralelo, neste mesmo período, com o marco do Estado Constitucional de Direito, surge o neoconstitucionalismo (ou constitucionalismo contemporâneo), trazendo consigo novos modos de compreensão, interpretação e aplicação das constituições no pós-guerra que, de uma forma geral, trouxeram o espírito da DIDH para o âmbito nacional, inicialmente na Alemanha, seguida pela Itália, e, mais adiante, por Portugal e pela Espanha. No Brasil está associado à promulgação Constituição Federal de 1988.

No campo filosófico, o neoconstitucionalismo está relacionado ao pós-positivismo, visando superar a relação dicotômica entre jusnaturalismo e positivismo, para encontrar um

³⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 28 fev. 2015.

ponto de confluência entre as duas correntes. Em outras palavras, sem desconsiderar o direito posto, busca romper as barreiras da legalidade estrita, reaproximando o Direito aos conceitos de justiça, ética e moral.

A Constituição é colocada no centro do ordenamento jurídico, fazendo-a presente em todo o ordenamento (ubiquidade constitucional)³⁹, e dando origem a termos como ‘Direito Penal Constitucional’, ‘Direito Civil Constitucional’, dentre outros. No escopo da nova hermenêutica constitucional, tem-se a interpretação conforme a Constituição, que tem sido largamente utilizada pelas cortes constitucionais, segundo a qual filtra-se a norma de tal forma que sua interpretação só será válida se feita sob a ótica e em conformidade com a Constituição.

Reconhece-se a força normativa da Constituição, de forma que seus preceitos não podem ser tidos como mera carta de intenções e objetivos a serem alcançados quando possível, e se possível. Os dispositivos constitucionais são lidos de forma imperativa, sendo a inércia em concretizar suas diretrizes expressas consideradas omissões inconstitucionais.

Também está ligado ao reconhecimento da força normativa dos princípios (nova teoria da norma), de tal sorte que estes não são mais somente ideias amplas utilizadas apenas para suprir lacunas no ordenamento⁴⁰. Ainda que haja regras, podemos e devemos aplicar os princípios.

Até a década de 1940, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, oriunda da doutrina inglesa (soberania do parlamento) e francesa (concepção de lei como expressão da vontade da sociedade em geral), mas a onda constitucional desse período, inspirada no direito estadunidense, trouxe consigo a ideia da supremacia constitucional⁴¹.

Assim, o Poder Judiciário se apresenta mais forte, com a judicialização da política e das relações sociais, assumindo papel protagonista na tomada de decisões proativas. Para

³⁹ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. *In Revista de Direito do Estado*. Belém: Editora Renovar, v.1, n.º 2, abr./mai/jun de 2006.

⁴⁰ Conforme sinaliza o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei n.º 4.657/42).

⁴¹ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na internet em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em 11 de fevereiro de 2014.

efetivar e concretizar direitos fundamentais, com escopo no princípio da dignidade da pessoa humana e na teoria do mínimo existencial, segundo os quais além de proteger a pessoa contra qualquer ato de cunho degradante e desumano, deve-se garantir-lhe condições existenciais mínimas para uma vida saudável⁴², o Poder Judiciário passa a interferir nas políticas públicas, fomentando as discussões em torno da separação dos poderes e controle interorgânicos.

Diretamente relacionada com a expansão da jurisdição constitucional está a criação de direitos pelos juízes constitucionais, largamente aplicada para acelerar a transposição dos ideais da DIDH e das constituições para o direito infraconstitucional. A prof^a. Maria Benedita Urbano⁴³ divide esse “criativismo” judicial em três categorias distintas: o tradicional (ou *soft*), o limítrofe (ou *borderline*) e o patológico (ou *hard*).

A primeira categoria está correlacionada com a superação da ideia de que o juiz seria apenas “*a boca que pronuncia as palavras da lei*”⁴⁴, ficando a criação do direito sempre subordinada à lei e aos limites por ela impostos (a própria lei indica as fontes de direito a serem utilizadas para suprir os vazios legais e delimita sua atuação). Na segunda espécie, temos um criativismo de fronteira, entre a atuação do juiz-criador e do legislador, de forma que o juiz constitucional não cria uma norma, mas pressiona o legislador para sua criação ou correção. Por fim, a atividade criativa do juiz em último grau ultrapassa a linha divisora e se confunde com a função legiferante, na medida em que as decisões judiciais se tornam fontes primárias de direito. É o ativismo judicial autêntico, que adapta ou aperfeiçoa a norma existente em vez de declará-la inconstitucional (ativismo corretivo), ou edita normas gerais que ocupam os espaços vazios da legislação, sob o pretexto de estar apenas desenvolvendo o tecido constitucional.

Percebemos, portanto, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem representou um marco na caracterização dos direitos humanos como universais e positivos⁴⁵, sendo-lhes conferida a denominação de «direitos do homem», cujo nível

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa... op. cit.*, p. 71.

⁴³ URBANO, Maria Benedita: *Curso de justiça constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 73-76.

⁴⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70 LDA, 2011, p. 321.

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 49.

normativo foi elevado ao patamar de normas internacionais, tornando toda a comunidade internacional responsável pela sua proteção.

Após este divisor de águas surgiram inúmeras convenções, pactos, tratados e declarações reafirmando, aprofundando ou expandindo diversos destes direitos. Elucidativamente, abordaremos brevemente, em ordem cronológica, dez dos documentos mais relevantes acerca da proteção internacional da nacionalidade e outros direitos correlatos.

*a) Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948)*⁴⁶

Ainda como consequência direta das atrocidades cometidas durante a recém-finda 2ª Guerra Mundial, esta convenção fundamentou-se na declaração da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas⁴⁷ de que o crime de genocídio atenta contra o direito dos povos e opõe-se ao espírito e finalidade das Nações Unidas, devendo, pois, ser condenado por todos no mundo civilizado, apelando para a cooperação internacional para a libertação deste considerado “flagelo odioso”, que causou imensuráveis perdas a toda a humanidade.

O instrumento tratou de determinar as condutas caracterizadoras do genocídio e todos os atos correlatos que passariam a ser puníveis por esta norma, em tempos de paz ou de guerra, como crime internacional, incluindo o incitamento, a tentativa, a cumplicidade e o acordo com vistas à sua prática. Desde então, o genocídio não é mais caracterizado como crime de guerra e também passou a ser diferenciado dos crimes contra a humanidade, pelo especial fim de agir.

Esta convenção representou um passo importantíssimo para a prevenção, tendo em vista que a prática do genocídio é tão antiga quanto à própria humanidade, fundada na necessidade de expansão pela conquista de outros povos, mas só agora passou a ser criminalizado no plano internacional, possibilitando, inclusive, a extradição do autor e sua

⁴⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio*. Nova Iorque, 9 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/genocidio.htm>>. Acesso em 28 fev. 2015.

⁴⁷ Resolução n.º 96 (I), de 11 de Dezembro de 1946.

submissão a julgamento pelo Tribunal Penal Internacional (TPI)⁴⁸. Portanto, esta norma conferia efetividade à proteção de uma gama de direitos humanos que há tempos vinham sendo vilipendiados sob a omissão tolerante da sociedade internacional.

b) Convenção de Genebra relativa ao Estatuto do Refugiado (1951)⁴⁹

A Convenção foi realizada com o intuito de consolidar alguns instrumentos internacionais já existentes relativos aos refugiados e estabelecer padrões básicos para o tratamento destes, sobre os quais cada Estado poderia desenvolver suas normas internas, desde que de forma extensiva (nunca mais restritivas que os padrões mínimos contidos na convenção). Também foram estabelecidas cláusulas essenciais, que não comportam qualquer objeção, tais como a impossibilidade de expulsão ou devolução do refugiado contra sua vontade para localidade em que ele seja alvo de perseguição, e a exigência de providências para a disponibilização de documentos de viagem específicos para refugiados.

Outro ponto de grande relevo desta convenção foi a expansão do termo «refugiado», que a partir desta passou a ter uma abrangência muito maior, mas ainda adstrita aos acontecimentos anteriores a 1º de janeiro de 1951. Este rol seria novamente ampliado em 1967, com a elaboração de um Protocolo Adicional, fruto da Assembleia Geral das Nações Unidas, que se fez necessário para abarcar novos fluxos de refugiados decorrentes de novas situações geradoras de conflito, para além dos resquícios das 1ª e 2ª Guerras Mundiais.

⁴⁸ Artigo VI – “As pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no art. III serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido ou pela corte penal internacional competente com relação às Partes Contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição.”

Artigo VII – “O genocídio e os outros atos enumerados no art. III não serão considerados crimes políticos para efeitos de extradição. As Partes Contratantes se comprometem, em tal caso, a conceder a extradição de acordo com sua legislação e com os tratados em vigor.”

⁴⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados*. Genebra, 28 jul. 1951. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1> Acesso em 28 fev. 2015.

c) *Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (1954)*⁵⁰

A comunidade internacional, esforçando-se para evitar ou, pelo menos, mitigar a apatridia, elaborou esta norma para determinar que os contratantes conferissem àqueles que não são nacionais de nenhum país os mesmos direitos outorgados aos estrangeiros, em regra, e aos seus próprios cidadãos em alguns casos, como na prestação de assistência e auxílio público⁵¹ e de acesso ao ensino fundamental⁵², avanços preciosos na salvaguarda destas pessoas.

Destacam-se dentre as garantias da convenção o direito a documentos de identidade e de viagem que lhes permitissem deslocar-se para fora do território do país em que se encontrem e o procedimento facilitado de naturalização – que deve ser acelerado e barateado – com o fito de pôr um fim no *status* de apátrida.

Embora tenha sido um passo louvável e necessário diante da legião de apátridas que surgiram ao fim da 2ª Guerra Mundial, as normas deste dispositivo ainda se mostravam tímidas em muitos pontos, ressaltando a possibilidade de os Estados contratantes não cumprirem certas determinações por razões de ordem pública ou segurança nacional que, dado o grau de subjetividade e generalidade destas terminações, poderiam enquadrar inúmeras situações isentas da gravidade que se espera. Tais resguardas são naturais para o momento histórico em que ocorreram. Outras normas, mais modernas, avançaram mais neste assunto, como será visto mais adiante, no tópico específico sobre a apatridia.

d) *Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher Casada (1957)*⁵³

Fruto de encontro internacional realizado em Nova Iorque, os Estados contratantes acordaram algumas regras que visavam combater a mudança compulsória da mulher pelo

⁵⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas*. Nova Iorque, 28 set. 1954. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Refugiados-Asilos-Nacionalidades-e-Ap%C3%A1tridas/convencao-sobre-o-estatuto-dos-apatridas.html>> Acesso em 28 fev. 2015.

⁵¹ Artigo 23 – “*Os Estados Membros concederão aos apátridas que residam legalmente no território de tais Estados o mesmo tratamento dispensado a seus nacionais no que diz respeito a assistência e auxílio público.*”

⁵² Artigo 22/§1. – “*Os Estados Membros concederão aos apátridas ao mesmo tratamento que aos nacionais no que diz respeito ao ensino fundamental.*”

⁵³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a nacionalidade da mulher casada*. Nova Iorque, 29 jan. 1957. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/asilo/asilo57.htm>> Acesso em 28 fev. 2015.

casamento ou pela alteração de nacionalidade de seu marido, com o fito de combater abusos e excessos previstos no ordenamento jurídico interno de diversos países.

Através deste instrumento, ficou acordado que nem a celebração ou dissolução do casamento entre um nacional e um estrangeiro, nem a mudança de nacionalidade do marido na constância do casamento, alterariam a nacionalidade da mulher de forma automática⁵⁴. Desta forma, ainda que o indivíduo adquira voluntariamente outra nacionalidade ou renuncie a sua própria, a mulher permanece com direito de reter sua nacionalidade, se assim desejar.

A convenção prevê, ainda, a facilitação do processo de naturalização da mulher estrangeira casada com um nacional, para aquisição da nacionalidade do marido, se assim o desejar⁵⁵.

*e) Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965)*⁵⁶

O preâmbulo desta importante convenção reafirmou que a discriminação entre as pessoas por motivo de raça, cor ou origem étnica obstaculiza as relações amistosas e pacíficas entre os países, na medida em que é capaz de perturbar a paz, a segurança e a harmonia entre os povos, inclusive dentro de um mesmo Estado, e que a existência de barreiras raciais é contrária aos ideais da humanidade.

Os Estados se reuniram com o intuito de discutir mecanismos para combater as manifestações de discriminação racial evidenciadas em algumas partes do mundo e as políticas públicas baseadas em superioridade racial ou ódio (*apartheid*, segregação, separação etc.), bem como para prevenir o surgimento de doutrinas racistas e xenófobas, com o fito de erradicar toda e qualquer forma de discriminação racial.

⁵⁴ Artigo 1.º – “Os Estados concordam em que nem a celebração ou dissolução do matrimônio entre nacionais ou estrangeiros, nem a mudança de nacionalidade do marido durante o matrimônio, poderão afetar automaticamente a nacionalidade da mulher.”

⁵⁵ Artigo 3.º/1. – “Os estados contratantes concordam em que uma mulher estrangeira casada com um de seus nacionais poderá adquirir, se o solicitar, a nacionalidade do marido, mediante um procedimento especial de naturalização privilegiada, com sujeição às limitações que possam ser impostas por razões de segurança ou de interesse público.”

⁵⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*. Nova Iorque, 21 dez. 1965. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discriminacao.htm>> Acesso em 28 fev. 2015.

No texto deste documento, a expressão «discriminação racial» engloba toda distinção, exclusão, restrição ou preferência estabelecida com base na cor, raça, descendência ou origem nacional ou étnica, sem, contudo, alcançar as distinções feitas pelo Estado entre seus cidadãos e não cidadãos⁵⁷.

A convenção determinou a criação de um Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial, composto por dezoito peritos de grande prestígio moral⁵⁸ e, de forma subjetiva, impôs aos Estados contratantes a adoção de uma série de medidas com a finalidade de alcançar os objetivos descritos, tais como o favorecimento de organizações e movimentos multirraciais, a coibição de propagandas e movimentos inspirados em ideias de superioridade de uma raça ou grupo de pessoas, garantir o acesso à Justiça para tais fins, e a adoção de medidas eficazes no campo de ensino, educação, cultura e informação, para lutar contra os preconceitos que podem levar à discriminação racial.

*f) Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966)*⁵⁹

Ao lado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Económicos Sociais e Culturais (PIDESC), o PIDCP tornou-se um dos instrumentos constituintes da Carta Internacional dos Direitos Humanos.

Tomando por pressuposto o princípio da dignidade da pessoa humana e todos os direitos inalienáveis dele decorrentes, este instrumento visa proteger os direitos civis e políticos em conformidade com o novo paradigma estabelecido pelos Direitos Humanos.

Seu primeiro artigo faz referência ao direito de autodeterminação dos povos, reafirmando o direito de cada povo determinar de forma livre o seu estatuto político e

⁵⁷ Artigo 1º - “Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação racial” significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, económico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.”

⁵⁸ Artigo 8º/1. - “Será estabelecido um Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial (doravante denominado “Comitê”), composto de dezoito peritos de grande prestígio moral e reconhecida imparcialidade, que serão eleitos pelos Estados-partes dentre os seus nacionais e que exercerão suas funções a título pessoal, levando-se em conta uma distribuição geográfica equitativa e a representação das formas diversas de civilização, assim como dos principais sistemas jurídicos.”

⁵⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*. Nova Iorque, 16 dez. 1966. Disponível em: <http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo/2/pidcp.html>. Acesso em 28 fev. 2015.

adotar as medidas que desejarem no intuito de promover seu desenvolvimento econômico, social e cultural⁶⁰.

Dentre os demais direitos estabelecidos, merecem destaque em virtude de sua correlação com a proteção dos estrangeiros, as disposições dos artigos 12º e 13º. O primeiro reitera garantias já previstas na DIDH⁶¹, quais sejam, a liberdade de residência e locomoção dentro das fronteiras de qualquer país no qual tenha ingressado de forma legal, o direito de sair de qualquer país (inclusive o seu próprio) e a vedação à proibição arbitrária de entrada no país do qual é nacional⁶².

O artigo seguinte obsta a expulsão de qualquer indivíduo que tenha ingressado legalmente em um Estado parte sem o devido processo legal e assegura o direito à ampla defesa ao garantir a possibilidade de fazer valer as razões que advogam contra sua expulsão⁶³.

⁶⁰ Artigo 1.º:

“1 – Todos os povos têm o direito à autodeterminação. Em virtude deste direito estabelecem livremente a sua condição política e, desse modo, providenciam o seu desenvolvimento económico, social e cultural.

2 – Para atingirem os seus fins, todos os povos podem dispor livremente das suas riquezas e recursos naturais, sem prejuízo das obrigações que derivam da cooperação económica internacional baseada no princípio de benefício recíproco, assim como do direito internacional. Em caso algum poderá privar-se um povo dos seus próprios meios de subsistência.

3 – Os Estados-Signatários no presente Pacto, incluindo os que têm a responsabilidade de administrar territórios não autónomos e territórios em fideicomisso, promoverão o exercício do direito à autodeterminação e respeitarão este direito em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas.”

⁶¹ Artigo 13.º:

“1. Toda pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado.

2. Toda pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país.”

⁶² Artigo 12.º

“1 – Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado terá direito de nele circular e aí residir livremente.

2 – Toda pessoa terá direito de sair livremente de qualquer país, inclusivamente do próprio.

3 – Os direitos anteriormente mencionados não poderão ser objecto de restrições, salvo quando estas estejam previstas na lei e sejam necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral públicas, bem como os direitos e liberdades de terceiros, que sejam compatíveis com os restantes direitos reconhecidos no presente Pacto.

4 – Ninguém pode ser arbitrariamente privado do direito de entrar no seu próprio país.”

⁶³ Artigo 13.º – *“O estrangeiro que se encontre legalmente no território de um Estado-Signatário no presente Pacto, só poderá ser expulso do mesmo em cumprimento de uma decisão conforme a lei; e, a menos que se apliquem razões imperiosas de segurança nacional, ser-lhe-á permitido expôr as razões que lhe assistem contrárias à sua expulsão, assim como submeter o seu caso a revisão perante a autoridade competente ou perante a pessoa ou pessoas especialmente designadas pela referida autoridade competente, fazendo-se representar para esse efeito.”*

g) *Pacto de San José da Costa Rica (1969)*⁶⁴

Também conhecida como Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o Pacto declara, em seu preâmbulo, que os direitos essenciais do ser humano não derivam do fato de ele ser nacional de um ou outro Estado, mas se fundamentam nos atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional.

Acerca de temas correlatos a este trabalho, o PSJCR reafirma a necessidade de observância do devido processo legal para a expulsão do indivíduo, já prevista na DIDH e no PIDCP, e avança ao vedar, em qualquer hipótese, a entrega de estrangeiro a país em que sua vida ou liberdade pessoal esteja sob ameaça em decorrência de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas (nem mesmo ao seu país de origem), bem como a impossibilidade de a expulsão coletiva de estrangeiros⁶⁵.

O PSJCR também inovou em assuntos como o direito à nacionalidade e o combate à apatridia, conforme será visto no próximo capítulo.

h) *Convenção 143 da Organização Internacional do Trabalho sobre Trabalhadores Migrantes (1975)*⁶⁶

A Convenção 143 da OIT foi realizada com dois objetivos principais: combater a migração em condições abusivas e proporcionar igualdade de oportunidade e de tratamento entre os trabalhadores migrantes e os nacionais.

O trabalho desenvolvido reconheceu o alto grau de prejudicialidade que os trabalhadores migrantes se sujeitavam, tanto no ingresso no país de forma irregular, quanto em decorrência dos abusos praticados pelos empregadores que se aproveitavam da vulnerabilidade que a irregularidade documental os colocava.

⁶⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. São José da Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em 28 fev. 2015.

⁶⁵ Artigo 22/8 – “*Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.*”
Artigo 22/9 – “*É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros.*”

⁶⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n° 143 sobre migrações em condições abusivas e promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes*. Genebra, 4 jun. 1975. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/emprego/oit143.htm>> Acesso em 28 fev. 2015.

Essa Convenção, portanto, visava o desenvolvimento de políticas públicas sob um novo paradigma, buscando garantir aos trabalhadores migrantes um mínimo de proteção, ainda que sua imigração ou contratação tenha sido irregular, focando a persecução dos autores de tráfico de mão-de-obra, independente do país a partir do qual exerçam suas atividades⁶⁷. Ademais, o imigrante legalmente residente com a finalidade de emprego não mais poderia ser considerado em situação ilegal ou irregular tão somente pela perda deste⁶⁸.

*i) Declaração sobre os Direitos Humanos dos indivíduos que não são nacionais do país em que vivem (1985)*⁶⁹

A melhoria das comunicações e o desenvolvimento de relações pacíficas e amistosas entre as nações fizeram com que cada vez mais indivíduos a passassem a mudar-se para outro país, e estabelecer residência, pelos mais diversos motivos. Com esta motivação foi assinada a convenção em tela, que teve bastante relevância no reconhecimento de que a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais deve ser assegurada não só aos nacionais, mas também aos estrangeiros que residam no país.

Este instrumento assegurou garantias importantes ao estrangeiro legalmente residente no país, tais como o direito de se fazer acompanhar por seu cônjuge e filhos menores ou dependentes, a equiparação de salários, o direito de adesão a sindicatos e outras associações, o acesso à saúde, educação, lazer e serviços sociais (desde que preencham os requisitos de participação), a possibilidade de se comunicar com o consulado ou missão diplomática de seu país, a garantia de não perdimento de bens legalmente adquiridos e a vedação a tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Há, também, previsão de deveres, como a obrigação de respeitar os costumes e as tradições locais.

⁶⁷ Artigo 5.º – “As medidas previstas nos artigos 3.º e 4.º deverão ter por objectivo processar os autores de tráfico de mão-de-obra, qualquer que seja o país a partir do qual estes exerçam as suas actividades.”

⁶⁸ Artigo 8.º/1 – “Desde que tenha residido legalmente no país com fim de emprego, o trabalhador migrante não poderá ser considerado em situação ilegal ou irregular pela simples perda do seu emprego, a qual, por si só, não deverá acarretar a revogação da sua autorização de residência ou, eventualmente, da sua autorização de trabalho.”

⁶⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração sobre os Direitos Humanos dos indivíduos que não são nacionais do país em que vivem*. Nova Iorque, 13 dez. 1985. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_14/IIIPAG3_14_10.htm>. Acesso em 28 fev. 2015.

Contudo, apesar da importância dos avanços nela previstos, a convenção em tela não está isenta de críticas na medida em que prevê expressamente a possibilidade de restrição de acesso a serviços essenciais, tais como educação e saúde, se o Estado considerar excessivamente oneroso, o que ainda hoje é fundamento para a adoção de políticas excludentes, até mesmo no âmbito da União Europeia, contra nacionais de outros Estados-membros da União.

*j) Convenção Internacional para Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e seus Familiares (1990)*⁷⁰

Tendo por objetivo principal possibilitar que todos os trabalhadores migrantes tenham seus direitos humanos assegurados, independentemente do seu estatuto jurídico, esta convenção impõe aos Estados contratantes uma gama de obrigações com o intuito de propiciar condições saudáveis, equitativas, dignas e justas em matéria de migração internacional de trabalhadores e de suas famílias, tais como a formulação de políticas de migração, o intercâmbio de informação com os outros Estados, a disponibilização de informações sobre as políticas, legislação e regulamentos relativos à migração, e a prestação de assistência aos trabalhadores migrantes e às suas famílias.

A Convenção estabelece, ainda, regras para o recrutamento de trabalhadores migrantes e para o regresso destes ao país de origem, bem como define algumas medidas que devem ser adotadas no combate à migração ilegal ou clandestina.

Levando em consideração as normas trabalhistas internacionais vigentes e convenções relativas à escravidão, esta convenção expressa os direitos neles consagrados e os relaciona de forma direta com a situação dos trabalhadores migrantes.

A Convenção possui diversos pontos inovadores ao definir direitos aplicáveis a certas categorias específicas de trabalhadores migrantes, como os trabalhadores fronteiriços (que residem num Estado vizinho ao qual regressam, pelo menos, semanalmente); marítimos e empregados em navios matriculados em país do qual não são nacionais; trabalhadores itinerantes, sazonais, independentes etc.

⁷⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias*. Nova Iorque, 18 dez. 1990. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/convencao%20.doc>> Acesso em 28 fev. 2015.

Ao reconhecer e proteger a dignidade do trabalhador independentemente de sua condição migratória, esta convenção transpõe a simples estruturação de interesses de Estados contratantes e intenta humanizar as relações internacionais. Fortalece-se, assim, o novo paradigma estabelecido, que reconhece o migrante como sujeito de direitos, ainda que se encontre em situação de irregularidade documental, qualquer que seja sua nacionalidade, sexo, cor, etnia ou condição econômica.

1.3. Raízes históricas das normas de proteção aos estrangeiros

Conforme explanado no tópico anterior, a expressão dos direitos humanos se aproximou da noção que se tem na atualidade somente após a Segunda Guerra Mundial. Em sua expressão atual, não se admite que seja feita qualquer distinção entre nacionais e estrangeiros, uma vez que têm por finalidade a proteção da pessoa humana, independente de qualquer categorização social que se possa pensar (cor, raça, sexo, nacionalidade, convicção política, orientação sexual, crença ou religião). Mas nem sempre foi assim.

A história nos mostra que a preocupação com a criação de regras protetivas para com os estrangeiros surgiu antes das normas de proteção do ser humano contra seu próprio Estado de nacionalidade⁷¹. Por outro lado, é possível perceber que em alguns momentos históricos, a exemplo da instituição das bases da democracia moderna com o Estado liberal, o fortalecimento do sentimento nacionalista de forma extremada embora avance nas garantias dos nacionais, pode trazer consigo uma gama de atitudes hostis para com os estrangeiros⁷². Ou seja, há comenos em que se dá um grande passo para a consolidação dos direitos fundamentais, mas que representa, simultaneamente, um retrocesso na proteção dos estrangeiros.

Desta forma, é possível perceber que a evolução das regras de proteção do estrangeiro, embora esteja relacionada com o desenvolvimento dos direitos humanos e fundamentais como um todo, seguiu um caminho próprio e, por vezes, bastante afastado daquele outro.

⁷¹ SOARES, Guido Fernando Silva. Os Direitos Humanos... *in Revista da Faculdade...* op. cit., p. 407

⁷² *Idem*, p. 406.

Como foi dito anteriormente, antes mesmo de se pensar em proteger os indivíduos contra seu próprio Estado nacional, as atenções foram direcionadas para resguardar os estrangeiros contra o arbítrio das autoridades locais. Isto provavelmente decorre do fato de eles integrarem um grupo de pessoas extremamente vulneráveis a qualquer abuso.

Costumeiramente, o forasteiro fora retratado em situação equiparada a das viúvas e órfãos⁷³, o que, na estrutura patriarcal da sociedade hebraica, implica em abandono e grande desamparo social. Neste ponto, a grande exceção dos sistemas jurídicos da antiguidade é o Direito Romano, que concedia grande proteção aos estrangeiros.

De início, predominava no ordenamento jurídico de Roma o chamado *jus civile*, um composto de regras de direito reservado tão somente aos cidadãos romanos. À medida que o império romano se espalhava pelo continente europeu, este corpo jurídico fora sendo remodelado para abarcar os novos povos que passavam a integrar seu domínio.

Surgiu assim um novo grupo de normas jurídicas direcionado tanto aos cidadãos romanos quanto aos estrangeiros recém-acoplados: o *jus gentium*, com regras mais brandas que as do *jus civile*. Isto permitia que os estrangeiros invocassem certas regras do direito romano, o que facilitava as relações comerciais com outros povos.

Em 212 d.C., a constituição do imperador Caracala⁷⁴ estendeu a cidadania romana a todos aqueles que habitassem os territórios do seu império tendo o *jus gentium* suplantado o *jus civile*⁷⁵. Neste período modificou-se o conceito de estrangeiro, que agora referir-se-ia somente aos que não habitassem no Império Romano.

O Cristianismo, com uma filosofia de igualdade entre os homens, independente de raça ou origem, reafirmou a superação das distinções entre cidadãos e não-cidadãos. A carta aos Gálatas⁷⁶, datada de meados de 50, d.C, foi definida como o manifesto da liberdade cristã e universalidade da Igreja. No versículo 28 de seu terceiro capítulo, São Paulo afirma que: "*não há judeu nem grego; não há servo nem livre; não há macho nem fêmea; porque todos vós sois um em Cristo Jesus*".

⁷³ A título exemplificativo, vide Salmo 146, versículo 9, Bíblia Sagrada.

⁷⁴ O título se refere a Marco Aurélio Antonino, imperador romano entre os anos de 211 e 217 d.C.

⁷⁵ SOARES, Guido Fernando Silva. Os Direitos Humanos... *in Revista da Faculdade...* *op. cit.*, p. 408.

⁷⁶ A Galácia fora uma província romana, localizada na Ásia Menor, que englobava, além da comunidade da Galácia propriamente dita, os territórios da Frígia, Pisídia e Licaônia.

Muitos antes, em torno de 700 a.C⁷⁷, o Profeta Isaías já exortava as autoridades de seu tempo, a conceder tratamento adequado aos estrangeiros, recordando-os da Babilônia, quando os próprios judeus também já haviam sido estrangeiros.

Esta ideologia, fundada no amor ao próximo, independente do povo a que ele pertença, desenvolveu um importante papel para a conscientização sobre a igualdade entre os seres humanos, sobretudo no que se refere aos mais pobres, que sempre tiveram seus direitos negados ou restringidos. Interessante observar, entretanto, que esse espírito universalista não impediu perseguições e guerras contra aqueles considerados infiéis. Da mesma forma, Estados construídos sobre fortes valores cristãos desenvolviam legislação interna com grande carga xenofóbica⁷⁸.

No decorrer do século XIX, com o advento das revoluções Inglesa e Francesa, as constituições nacionais modernas declaravam direitos com o fim de impor limites ao poder dos monarcas, o que representou grande avanço na garantia dos direitos humanos. Contudo, tais normas tinham caráter estritamente nacionalistas, e os ordenamentos jurídicos da época não estavam aberto à recepção de regras protecionistas para com os estrangeiros.

Percebe-se, assim, que o progresso dos direitos humanos e a salvaguarda dos estrangeiros, apesar de partilharem pontos em comum, percorreram estradas distintas e autônomas, que se reaproximaram com a internacionalização das normas de proteção da pessoa humana, pois, ao transpor as fronteiras das legislações nacionais, a diferenciação entre cidadão e estrangeiro, neste aspecto, torna-se inócua.

⁷⁷ Livro do Profeta Isaías, capítulo 56, versículos 6-8, Bíblia Sagrada.

⁷⁸ SOARES, Guido Fernando Silva. Os Direitos Humanos... *in Revista da Faculdade... op. cit.*, p. 408.

2. SOBERANIA E NACIONALIDADE

2.1. Nacionalidade, cidadania e direitos políticos

A nacionalidade é classicamente conceituada como um “*vínculo jurídico-político de direito público interno, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado*”⁷⁹. Portanto, trata-se de um elo político e não de uma relação natural, de fato, ou sociológica, muito embora tais liames tenham o condão de influenciar as normas de atribuição da nacionalidade por cada ordenamento jurídico interno. O estatuto da nacionalidade acompanha o indivíduo, ainda este esteja a residir em território estrangeiro⁸⁰.

Decorre da nacionalidade, além da vinculação política do cidadão com o Estado que o representa, outra conexão, sob o prisma sociológico, do homem com sua nação⁸¹, mas esta não se confunde com aquela, e ambas podem corresponder ou não ao mesmo país.

O conceito de nacionalidade, traduzido no vínculo jurídico-político que revela a pertença de um indivíduo a um Estado, constitui um conjunto de direitos e obrigações,⁸² próprias do nacional. Além disso, ela é condição (ou requisito básico para a condição) de cidadão, em sentido estrito, que classicamente está relacionado ao exercício de direitos políticos.

Determinar seus nacionais é uma questão de soberania de cada Estado, de tal sorte que cabe a ele, e somente a ele de forma soberana: atribuir ao indivíduo sua nacionalidade

⁷⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda n.1, de 1969*, tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 352

⁸⁰ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 196.

⁸¹ CARVALHO, Aluísio Dardeau de. *Nacionalidade e cidadania*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

⁸² RAMOS, Rui Manuel Moura. Nacionalidade, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*. Vol. VI, Lisboa, 2004, pp. 103-139, p. 103.

por conta de seu nascimento; transformar um estrangeiro em nacional, através da naturalização; determinar os casos em que seus nacionais perderão a sua nacionalidade⁸³.

Contudo, a atribuição da nacionalidade, apesar de compor uma reserva de soberania, não é absoluta, pois a maneira utilizada por cada Estado para definir quem são os seus nacionais deve estar em conformidade com as normas pertinentes do direito internacional. Desta forma, a liberdade de cada Estado para estabelecer as normas sobre aquisição e perda da nacionalidade é essencialmente limitada⁸⁴.

Salientemos que a nacionalidade e a cidadania não se confundem. É certo que muitos doutrinadores aplicam uma fungibilidade entre os termos, utilizando um em vez do outro, e vice-versa, mas trata-se de institutos distintos. Da mesma forma, a cidadania também não está adstrita tão somente aos direitos políticos. Formalmente, ‘cidadão’ nem é o mesmo que ‘nacional’, nem se limita àqueles aptos a votar e serem votados.

A nacionalidade é o elo jurídico-político que vincula um indivíduo a determinado Estado enquanto a cidadania é tida como uma condição para o exercício de direitos que são assegurados constitucionalmente⁸⁵, que, para a doutrina moderna, não mais estão limitados à atividade eleitoral, mas englobam, também, vasto leque de direitos oponíveis ao poder público, e deveres sociais⁸⁶.

De fato, era esse o sentido da cidadania na Antiguidade clássica, conforme definido por Aristóteles: “*cidadão é aquele que tem uma parte legal na autoridade deliberativa e na autoridade judiciária da cidade*”⁸⁷. E, ainda hoje, o termo é empregado remetendo a esta noção. Poderíamos, então, chamar essa concepção tradicional, de participação da vontade política através do sufrágio, de ‘cidadania em sentido estrito’.

De forma mais ampla, entretanto, o conceito moderno de cidadania aparece como uma peça-chave para a determinação do sentimento de pertença e participação numa certa comunidade, sob as perspectivas jurídica, política, moral, social e econômica. Ou seja, além dos direitos políticos, a cidadania também está relacionada à proteção da dignidade

⁸³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 667.

⁸⁴ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 103-104.

⁸⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internaciona... op. cit.*, p. 672

⁸⁶ *Idem, ibidem.*

⁸⁷ ARISTÓTELES, *A Política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru: Edipro, 1995, p. 87.

humana e à participação socioeconômica, tanto na condição de produtor de riquezas, quanto na de beneficiário destas⁸⁸. Esclarece o jurista Oscar Vilhena Vieira⁸⁹:

Enquanto juristas, no entanto, somos pressionados pela linguagem adotada por Constituições e outra leis, em que a definição de cidadania está associada, sobretudo, à participação política, ainda que se reconheça sua independência em relação aos direitos de natureza civil ou social, que, embora sejam indispensáveis à sua realização, com ela não se confundem.⁹⁰

Na Constituição da República Portuguesa (CRP), por exemplo, a cidadania é empregada de forma mais restrita, com o sentido de nacionalidade (art. 4.º). Já a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), logo em seu art. 1º, a apresenta como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Na atualidade, portanto, o termo cidadania transpassa a simples correlação tradicionalmente estabelecida com exercício e gozo dos direitos políticos, alcançando o *status* de direito fundamental, sobre a qual se consolida uma série de direitos oriundos da pertença e participação de uma sociedade, efetivando as relações políticas, jurídicas e sociais estabelecidas com o Estado.

É imprescindível ressaltarmos que a cidadania não é condição para que o indivíduo seja sujeito de direitos, mas, de maneira inversa, tem-se que ela decorre da capacidade de ter direitos. Portanto, a cidadania não precede os direitos fundamentais. Pelo contrário, estes que precedem os direitos de cidadania, tendo em vista que constituem uma limitação habilitadora ao seu livre exercício⁹¹.

Na visão de Marshall, a cidadania refere-se à participação integral do indivíduo na comunidade política, como membro de um organismo investido da autoridade política ou como eleitor de um destes, e manifestada nos mais diferentes campos sociais, como, por exemplo, no dever de lealdade ao padrão de civilização vigente e à sua herança social⁹².

⁸⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma Leitura da Jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Editora, 2006, p. 607

⁸⁹ Oscar Vilhena Vieira é um jurista brasileiro que atua em casos de interesse público junto ao Supremo Tribunal Federal, Doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP), com Pós-doutorado pela Universidade de Oxford. Atua nas áreas de Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direito e Desenvolvimento.

⁹⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais... op. cit.*, p. 612.

⁹¹ *Idem*, p. 627

⁹² MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 12.

Em suma, a noção contemporânea da cidadania remete ao reconhecimento do indivíduo enquanto pessoa, e como tal dotado de direitos tidos por fundamentais, inerentes à sua condição de humano, devendo ser a todos assegurados pelos poderes públicos, em todos os níveis.

Ressaltemos que, com base na diferenciação alhures, a universalização da cidadania não implica em permitir que qualquer indivíduo participe dos processos eleitorais de qualquer país; estes são reservados apenas a seus cidadãos em sentido estrito, que preencham os pré-requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico interno e, usualmente, não se restringe à nacionalidade, mas também a outros fatores, como a idade.

Podemos concluir, portanto, que a concepção clássica da cidadania está sendo superada pelo conceito moderno, em sentido amplo, desenvolvido no século XVIII, que se apresenta como uma garantia de proteção contra um poder arbitrário e desmedido, em determinado lugar.

2.2. Releitura de termos clássicos no âmbito das comunidades internacionais

A sociedade está em constante evolução, sofrendo mutações diuturnamente. É natural que estas mudanças reflitam na compreensão de certos institutos, que não mais são vistos da mesma forma de outrora, principalmente após a globalização, com a aglutinação dos países em blocos e a internacionalização dos direitos humanos. Dentre estes, merecem destaque para a pesquisa em tela a soberania, a cidadania e o estrangeiro, que serão esmiuçados nos tópicos que seguem.

2.2.1. Relativização da Soberania

Uma definição possível de soberania – e dizemos uma por nunca ter se estabelecido um consenso – seria a qualidade do Estado cuja ordem jurídica nacional é suprema, e sobre a qual não existe nenhuma outra, a não ser a ordem internacional⁹³. É dela que decorre a capacidade de autodeterminação jurídica do Estado, que o autoriza a ditar as regras que vigerão dentro de seu território, bem como limita a invasão ou atuação de outros países

⁹³ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 364.

neste espaço. Ao lado do povo e do território, a soberania aparece na doutrina clássica como um elemento constitutivo do Estado, de tal forma que sua ausência descaracterizaria a formação de qualquer Estado⁹⁴.

A soberania é essencial para a constituição de um Estado na medida em que é ela que o reveste de autoridade suprema e, conseqüentemente, do direito de emitir ordens⁹⁵. Portanto, sua manutenção relaciona-se diretamente com o poder de impor sua supremacia internamente, sobre quaisquer grupos que ousem tentar usurpar essa autoridade, e externamente a qualquer Estado estrangeiro que intente ditar ordens além de suas fronteiras.

Ademais, há uma distinção entre soberania do Estado – referente à preponderância do Estado enquanto grupo político sobre todos os demais grupos sociais internos e a comunidade internacional – e soberania no Estado, relacionada à autoridade suprema no âmbito interno, ao estabelecer a hierarquia dos órgãos da comunidade política e, principalmente, ao justificar a autoridade conferida ao sujeito ou titular do poder supremo, inadmitindo a existência de poder diverso que o sobreponha na sociedade⁹⁶.

Desta forma, mesmo pertencendo a soberania ao próprio povo, este deve se submeter a soberania no Estado em decorrência da lógica da democracia representativa, através da qual a figura à frente do Governo representa o próprio povo. Por conseguinte, submeter-se à soberania do Estado significa submeter o povo à sua própria soberania.

Após a série de conflitos ocorridos entre os anos de 1618 e 1648, que ficou conhecida na história como Guerra dos Trinta Anos, foi assinado o Tratado de Vestefália para restabelecer a paz no continente europeu, estabelecendo igualdade jurídica entre os Estados. Dava-se início a uma nova ordem mundial, na qual os únicos atores do direito internacional seriam os Estados, excluindo-se das políticas internacionais a Igreja ou qualquer outra fonte de comando paraestatal. Com isso, consagrou-se a soberania externa absoluta, de tal modo que cada nação poderia optar pelos rumos de sua política interna, de sua economia e de questões religiosas, possuindo o Estado poder supremo no interior de suas fronteiras territoriais.

⁹⁴ MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1998, p.23.

⁹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito...op. cit.*, p. 544

⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 161.

Inspiradas na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cujo art. 3º afirmava que “*O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente*”, muitos Estados, em sua constituição nacional, passaram a declarar-se dotados de uma soberania una, indivisível, inalienável e imprescritível, adjetivos que até hoje são elencados como características da soberania estatal.

Por una, entende-se que a existência de várias soberanias dentro de uma mesma ordem estatal implicaria, na verdade, na inexistência de qualquer soberania. O mesmo raciocínio se aplica para a indivisibilidade (é consequência lógica da anterior – se dividido, deixaria de ser uma). Inalienabilidade implica na impossibilidade de se transferir ou renunciar a soberania, e a imprescritibilidade refere-se à permanência da soberania, que não decai ou caduca ao longo do tempo.

Desde Aristóteles até os dias atuais, incontáveis estudiosos se dedicaram a esmiuçar, compreender e explicar a soberania. Além das divergências de entendimento que sempre existiram sobre o assunto e da discrepância entre a teoria e a realidade fática, a compreensão da soberania gera muita discussão também pelas severas mutações ocorridas nas relações internacionais ao longo da história, sendo impossível aplicar a completude de seu conceito originário na atualidade, o que nos força a concluir que este precisa ser revisado e redefinido.

Com a globalização, o perfil da soberania muda, pois, se outrora era vista como o monopólio da política e do poder sobre o respectivo território e seu povo, atualmente as soberanias estão entrelaçadas, em virtude da interdependência instaurada entre os Estados devido às novas realidades em que estão inseridos⁹⁷.

Além dessa interdependência estabelecida, as fronteiras entre os países são bastante permeáveis na atualidade, possibilitando intensa troca de informações, graças à internet e às novas tecnologias. Também a regulamentação estatal encontra-se um tanto relativizada em decorrência do poderio das grandes corporações internacionais, que atuam concomitantemente em vários países e, por vezes, podem dificultar o desenvolvimento da

⁹⁷ NASCIMENTO, Valéria Ribas do; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Constitucionalismo e Cidadania: por uma Jurisdição Constitucional Democrática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 29.

economia essencialmente nacional⁹⁸, tornando o Estado, de certa forma, dependente destas corporações também, em razão do inegável poder que elas possuem.

Atualmente a soberania é compreendida, pela maioria dos doutrinadores, como um conceito histórico e relativo, tendo em vista que inexistia na antiguidade (vide o exemplo do Estado-cidade da Grécia no período clássico), e não é mais tido como elemento essencial para a formação de um Estado, admitindo-se a existência de Estados soberanos e Estados não-soberanos⁹⁹. Desta forma, sob o prisma externo, a soberania é apenas uma qualidade do poder que pode ou não ser ostentada por uma organização estatal.

Dentre as mudanças observadas, uma das mais claras refere-se ao caráter ilimitado, que aparecia reiteradamente nas definições do século XIX e que se mostra cada vez mais relativizado na atualidade, em decorrência da interdependência econômica existente entre a maioria dos países, fruto da globalização, da formação de comunidades internacionais, da preponderância dos direitos humanos e outras questões de interesse supranacional, como a proteção do meio ambiente. A existência destas matérias de interesse mundial, conjugada com as relações diplomáticas estabelecidas entre a maioria das nações faz como que haja uma permissão prévia e legítima de fiscalização de atos estatais por outros países.

2.2.2 Cidadania na era cosmopolita

As alterações sofridas pelo Estado em seu processo evolutivo e os próprios avanços sociais e tecnológicos mudaram o cenário internacional. A grande difusão de processos de integração regionais decorrentes da globalização, que ocorreram na segunda metade do Século XX, no período que se sucedeu a Segunda Grande Guerra, e culminaram com a preponderância dos direitos humanos, refletiu, mais uma vez, na compreensão da cidadania.

Isto porque o alastramento de normas supranacionais quebra as barreiras geográficas, relativizando fronteiras – ou mesmo fundindo-as – de tal modo que uma gama de direitos titularizados por um cidadão de determinada nacionalidade não enxergue as

⁹⁸ PERINI, Raquel Fratantonio. A soberania e o mundo globalizado, *in Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 76, 17 set. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4325>> Acesso em 21 fev. 2015.

⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política... op. cit.*, p. 155.

linhas divisórias entre os países, pois compreende toda a humanidade – são direitos do cidadão do mundo¹⁰⁰.

Portanto, essa concepção mais moderna de cidadania, imersa no contexto dos direitos humanos, está amplamente associada às relações entre estes com a democracia e o desenvolvimento, primordialmente focado na atenção às necessidades básicas do povo, objetivando a formação de uma nova cultura, pautada nos direitos humanos¹⁰¹.

Mais adiante, a grande expansão do acesso à internet fez surgir, rapidamente, enormes e complexas redes de comunicação direta entre compatriotas, bem como possibilitou a explosão de relações entre pessoas de todos os lugares do globo. Relativizou-se, assim, as fronteiras interestatais, ao possibilitar intensa troca de informações de forma instantânea, conectando os seres humanos em nível global. Este intercâmbio massivo dificulta a persistência de sociedades isoladas, possibilitando a aproximação de culturas e ideologias.

A intensificação das relações sociais em decorrência da globalização estabelece elos entre sociedades distantes de tal forma que eventos geograficamente distantes têm o condão de modelar acontecimentos locais, e vice-versa¹⁰². Assim, a ocorrência de eventos simultaneamente relevantes e isolados passa a ser cada vez mais rara. Neste sentido, já dizia Kant, há mais de dois séculos:

(...) como se avançou tanto no estabelecimento de uma comunidade (mais ou menos estreita) entre os povos da Terra que a violação do direito num lugar da Terra se sente em todos os outros, a ideia de um direito cosmopolita não é nenhuma representação fantástica e extravagante do direito, mas um complemento necessário de código não escrito, tanto do direito político como do direito das gentes, num direito público da humanidade em geral e, assim, um complemento da paz perpétua, em cuja contínua aproximação é possível encontrar-se só sob esta condição.¹⁰³

Com a globalização, multiplicam-se, também, as decisões tomadas fora do território nacional e estas ganharam maior peso no direcionamento da política interna, de tal forma que muitos dos arbítrios são adotados não com base na linha ideológica do governo, mas

¹⁰⁰ CAMPOS, Eduardo Nunes. *O Lugar do Cidadão nos Processos de Integração*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 68.

¹⁰¹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1997, p. 207.

¹⁰² NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *O Tempo das Reconfigurações do Constitucionalismo: os Desafios para uma Cultura Cosmopolita*. São Paulo: LTr, 2001, p. 105.

¹⁰³ KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua: um projeto filosófico*. Tradução de Artur Morão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008, p.22.

sim por influência da comunidade internacional. Em decorrência, temos uma maior aproximação dos ordenamentos jurídicos nacionais, principalmente acerca de matérias relacionadas aos direitos humanos e outros assuntos de relevância supranacional.

Desta forma, numa sociedade cosmopolita, o Estado nacional é mitigado enquanto ente regulador da vida social e formador de identidades coletivas, o que gera uma fragmentação parcial nas sociedades nacionais, possibilitando o surgimento de novas expressões políticas inéditas, como ambientalistas, pacifistas, feministas, o pós-materialismo, os regionalismos, entre outros, cujos objetivos são direcionados a toda a humanidade, não se limitando às fronteiras geopolíticas existentes entre países.

Este vasto e heterogêneo conjunto de ideologias, movimentos e organizações que, através articulações transnacionais que se tornaram possíveis graças à revolução tecnológica explicitada acima, lutam contra discriminações sociais e a destruição ambiental fruto da globalização, compõe o chamado cosmopolitismo, um movimento que emergiu com a intensificação da integração internacional¹⁰⁴.

Tais movimentos lutam pela efetivação dos direitos humanos em caráter incondicional a todo o globo, conforme a essência idealizada destas garantias, tentando estendê-las a todas as culturas¹⁰⁵. Tais ações são operadas com o fito de efetivar a tutela dos direitos humanos no cenário atual, sob as novas concepções acerca da nacionalidade e soberania, bem como o intercâmbio de experiências e o estabelecimento de metas supranacionais relativas, por exemplo, ao direito do trabalho e a questões historicamente ignoradas, como a proteção ambiental, e o direito das mulheres e minorias, para o atendimento do bem comum.

Neste contexto, cada indivíduo passa a ser considerado como integrante de uma sociedade mundial, prevalecendo a cidadania cosmopolita. O cidadão cosmopolita, portanto, não se prende às linhas divisoras de territórios, tencionando se mover ao longo do globo, em contato com diferentes culturas. Tais indivíduos podem ser classificados de acordo com o grau de imersão e comunhão com as culturas mundiais. O cidadão cosmopolita de primeiro grau seria o viajante mundial, aquele que se deixa levar pela língua franca, mas conserva seu idioma materno e seus costumes; no segundo grau temos

¹⁰⁴ BITTAR, Eduardo. C.B., *Ética, Educação, Cidadania e Direitos Humanos*. Monole, 2004, p. 146.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 141.

aqueles abertos ao mundo de tal forma que reconhece os estrangeiros com igualdade de valor; por fim, o cosmopolita de terceiro grau seria aquele que carrega consigo sua cultura natal para outros países, mas absorve elementos da nova cultura com a qual entra em contato e os mantém mesmo após seu retorno¹⁰⁶.

É evidente que nem todas as pessoas são obrigadas ou possuem personalidade compatível com tamanha integração sociocultural verificada no terceiro grau. Isto é algo particular e muito relativo, não podendo ser imposto. E não é preciso. Para fins de consolidação das garantias fundamentais, o essencial reside no segundo grau: enxergar o estrangeiro em pé de igualdade. Reconhecer que todos são cidadãos e como tais são titulares de direitos humanos que devem ser respeitados em qualquer parte do mundo e oponíveis em face de qualquer Estado, com fundamento da dignidade da pessoa humana¹⁰⁷.

Como sempre ocorre quando surgem mudanças nos paradigmas com o quais a sociedade está habituada, muitos falam em uma crise do Estado. De forma mais extremada, alguns fazem referência ao retorno da descentralização política existente no período feudal¹⁰⁸. Entretanto, ainda que se verifique certo enfraquecimento estatal, o padrão da cidadania ainda reside no próprio Estado¹⁰⁹.

Sem entrar no mérito de caracterização ou não de crise estatal, o que se tem por certo é que suas estruturas modernas já não são mais eficazes em atender as demandas da dinâmica global acelerada que se vivencia atualmente, na velocidade e quantidade exigida. Com isso, entram em cena outros organismos, movimentos e instituições, que aparecem como novas fontes de comando. Estes micro poderes causam relativo esvaziamento nas funções estatais.

Indubitavelmente, muitas empresas transnacionais e multinacionais têm muito poder de mobilização, em decorrência da efetiva coação jurídica que são capazes de exercer, tanto em nível nacional quanto internacional. A legislação tradicional dos Estados

¹⁰⁶ NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *O Tempo das Reconfigurações... op. cit.*, p. 394.

¹⁰⁷ DEL' OLMO, Florisbal de Souza; LUNARDI, Luthiane Perin Ferreira. As Bases para Pensar uma Cidadania Cosmopolita, in *Revista direitos Culturais do Programa de Pós-Graduação em Direito URI*. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/838>>. Acesso em: 2 jun. 2015, p.208.

¹⁰⁸ NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *O Tempo das Reconfigurações... op. cit.*, p. 159.

¹⁰⁹ NASCIMENTO, Valéria Ribas do; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Constitucionalismo e Cidadania...op. cit.*, p. 30.

é subjugada pelos poderes Organizações e Corporações Internacionais¹¹⁰. Enquanto isso, o Estado segue encurralado entre os compromissos decorrentes da regulação social da conduta de mercado e as novas e velozes dinâmicas da economia globalizada, que é, por essência, desregulada¹¹¹.

Ademais, por estar a cidadania cosmopolita estritamente relacionada com os direitos humanos, muitos doutrinadores a utilizam como fundamento ideal para defender a dignidade da pessoa humana na atualidade, transpassando a esfera estatal e se concretizando em nível global¹¹².

É claro que a globalização também pode trazer consequências negativas, que obstaculizem a própria efetivação da cidadania cosmopolita, tais como a desagregação socioeconômica, desestruturação do espaço público, o aumento da desigualdade na distribuição de renda, a inacessibilidade às garantias fundamentais e à tutela judicial do Estado¹¹³.

Portanto, é de extrema necessidade a conscientização e oposição a ideologias opressoras e práticas neocolonialistas, de modo a favorecer o diálogo entre as diferentes culturas, em vez de incitar a imposição de uma sobre outra, tendo em vista que este não é o caminho para a materialização de uma cidadania efetiva e plena. Pelo contrário, o primeiro passo para a consolidação de uma cidadania global é reconhecer o valor e a igualdade das mais diversas culturas espalhadas pelo mundo.

A cidadania cosmopolita, portanto, se ergue sobre a solidariedade entre os povos, buscando sua realização mundial e concretização dos direitos humanos, que é feita através da mobilização da sociedade civil em conjunto com organizações internacionais, organizações não governamentais, e outros atores internacionais¹¹⁴.

Diante de todo este cenário, é evidente que a cidadania ganhou novos contornos com todas as mudanças socioeconômicas decorrentes da revolução tecnológica, da

¹¹⁰ NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *O Tempo das Reconfigurações... op. cit.*, p. 159.

¹¹¹ NUSSBAUM, Martha C. *Los Limites del Patriotismo*. Tradución de Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1999, p.74.

¹¹² DEL' OLMO, Florisbal de Souza; LUNARDI, Luthiane Perin Ferreira. As Bases para Pensar... *in. Revista Direitos Culturais...op. cit.*, p.200.

¹¹³ CLEMENTE, Alexandre Shimizu; NASCIMENTO, Bruno Pereira. *Direitos Humanos: o Direito à Nacionalidade como um Pressuposto Fundamental da Cidadania*. São Paulo, 2009. Disponível em <<http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/14/14>>. Acesso 23 mar. 2015.

¹¹⁴ DEL' OLMO, Florisbal de Souza; LUNARDI, Luthiane Perin Ferreira. As Bases para Pensar... *in. Revista Direitos Culturais...op. cit.*, p.199.

globalização e do cosmopolitismo, superando aquela noção vinculada tão somente ao Estado e restrita à respectiva nacionalidade, passando a ser compreendida como um instituto cosmopolita, sem, contudo, desligar-se de sua nação¹¹⁵. E, considerando a intensa circulação internacional de pessoas, o segregacionismo é cada vez mais inócuo.

2.2.3 O estrangeiro no Direito Europeu

A palavra ‘estrangeiro’ deriva do latim e faz alusão à pessoa pertencente a outro grupo, estranho ao meio a que se faz referência; no caso, ao país ou nação em questão. Trata-se, portanto, de um conceito negativo: será estrangeiro aquele indivíduo que o Estado em tela não considera membro ou cidadão. A Declaração da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos dos indivíduos que não são nacionais do país em que vivem, de 1985, define, em seu art. 1.º, que o estrangeiro será “*toda pessoa que não seja nacional do estado no qual se encontre*”, incluindo-se neste rol os apátridas

Este conceito clássico acima referido acerca do estrangeiro precisa ser reinterpretado na esfera do Direito Europeu, uma vez que, no domínio da União Europeia, acrescido ao vínculo de nacionalidade dos indivíduos, há um vínculo de supranacionalidade¹¹⁶ – o estatuto da cidadania europeia – que não substitui a nacionalidade de origem, mas traz consigo um encadeado de direitos de liberdade, igualdade, participação, representação e proteção no âmbito europeu¹¹⁷, o que faz com que o conceito tradicional de estrangeiro seja aplicável somente ao cidadão não-europeu.

Interpretando sistematicamente as disposições da Diretiva 2001/40/CE¹¹⁸, relativa reconhecimento mútuo de decisões de afastamento de nacionais de países terceiros, concluímos que estrangeiro será “*qualquer pessoa que não possua a nacionalidade de um dos Estados-Membros*”¹¹⁹. Complementa o Regulamento (CE) n.º 343/2003 do

¹¹⁵ NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *O Tempo das Reconfigurações... op. cit.*, p. 145.

¹¹⁶ RAMOS, Rui Manuel Moura. Nacionalidade, Plurinacionalidade e Supranacionalidade na União Europeia e na Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, in *Boletim da Faculdade de Direito, Volume Comemorativo*, 2003, pp. 691-715, p. 710

¹¹⁷ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito Internacional...op. cit.*, p. 198.

¹¹⁸ Diretiva 2001/40/CE do Conselho, de 28 de Maio de 2001, relativa ao reconhecimento mútuo de decisões de afastamento de nacionais de países terceiros. *Publicada no Jornal Oficial da União Europeia*, n.º L 149, de 2 jun. 2001, pp. 34-36.

¹¹⁹ Artigo 2.º, a, Diretiva 2001/40/CE do Conselho.

Conselho¹²⁰, ao dispor que nacional de um país terceiro será “qualquer pessoa que não seja um cidadão da União, na acepção do n.º 1 do artigo 17.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia”¹²¹.

Como consequência prática imediata, podemos citar a admissão de entrada do cidadão comunitário no território de qualquer Estado-membro, que ocorre mediante simples apresentação de bilhete de identidade ou passaporte válidos, dispensando-se os demais requisitos comumente exigidos para os outros estrangeiros, que englobam, além do passaporte (ou outro documento de viagem válido), um visto de entrada válido e adequado à finalidade do ingresso¹²², comprovação de meios de subsistência¹²³ e outros documentos que justifiquem o motivo e as condições da estadia, regresso ou trânsito.

Há, ainda, diversas outras implicações. Por exemplo, aos cidadãos comunitários assegura-se a livre circulação de trabalhadores no espaço da União Europeia (artigos 45º a 48º do Tratado de Funcionamento da União Europeia). Conquanto se trate de direito fundamental do cidadão comunitário, deve-se observar as regras elencadas na legislação derivada da União.

Ademais, para o devido usufruto deste direito, patente esclarecer os liames que identificam o trabalhador comunitário. Através de uma leitura sistemática do TFUE, especificamente em seus artigos 45º e seguintes, da Diretiva 2004/38/CE¹²⁴, do Regulamento 492/2011 (UE)¹²⁵ e em cotejo com a doutrina especializada, depreende-se que são trabalhadores comunitários os cidadãos europeus que exercem, ou pretendem exercer, atividade laboral em favor de outrem, sob a direção deste, mediante

¹²⁰ Regulamento 2003/343/CE do Conselho, de 18 de Fevereiro de 2003, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise e um pedido de asilo apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro. *Publicado no Jornal Oficial da União Europeia*, n.º L 50, de 25 fev. 2003, pp. 1-10.

¹²¹ Artigo 2.º, a, Regulamento (CE) n.º 343/2003 do Conselho.

¹²² Há cidadãos estrangeiros que são dispensados da apresentação de visto de entrada, por acordos bilaterais estabelecidos entre o Estado-membro e o Estado-terceiro, ou entre este e a União Europeia.

¹²³ Em Portugal esta exigência está prevista na Portaria n.º 1426, de 11 de dezembro de 1998, sendo possível, contudo, a dispensa de tal requisito mediante comprovação de ter o indivíduo alimentação e alojamento assegurados durante sua estada.

¹²⁴ Frisa-se que a livre circulação de trabalhadores está atrelada ao cumprimento de determinadas regras oriundas da legislação derivada da União Europeia. Nesta senda a Diretiva em comento estabelece os parâmetros que devem ser observados para a entrada, residência, e saída no Estados-Membros qdo espaço Comunitário, estabelecendo regras diferentes de acordo com o período de estadia, e, em cada caso, quais os documentos exigíveis

¹²⁵ O Regulamento 492/2011 (UE) revogou o antigo regulamento 1612/68 (CEE).

remuneração¹²⁶. As atividades são das mais variadas: sazonais, fronteiriças e até prestação de serviços.¹²⁷

Outrossim, além dos trabalhadores oriundos dos Estados-Membros comunitários, a liberdade de circulação se estende, também, aos nacionais oriundos de países que possuem acordo com a Comunidade, tais como Suíça, Lichtenstein e Turquia. Outrossim, os cidadãos de países terceiros que não possuem qualquer acordo com a União Europeia, tampouco se enquadram em situações excepcionais, são submetidos aos regramentos emanados de cada Estado-Membro para fins de exercício de atividades laborativas¹²⁸.

Destaca-se, por oportuno, que embora seja um direito consolidado no território comunitário, a livre circulação de trabalhadores tem sido objeto de ampla discussão no seio da União Europeia. Alguns Estados-Membros, como o Reino Unido, sob o argumento de intensiva imigração e sucateamento do mercado de trabalho, postularam pela urgente modificação das regras de livre circulação¹²⁹.

2.3 Determinação da nacionalidade e os limites impostos pelo Direito Internacional

Para analisarmos os critérios para determinação da nacionalidade é preciso, primeiramente, considerar que esta possui duas espécies distintas: uma originária, atribuída no momento do nascimento do indivíduo; e outra adquirida, por vontade própria, em momento futuro.

¹²⁶ Nesse sentido o entendimento de Sofia Oliveira Pais e Miguel Gorjão Henriques. Para aprofundamentos conferir: ¹²⁶ PAIS, Sofia Oliveira. *Todos os cidadãos da União Europeia têm direito de circular e residir livremente no território dos Estados-Membros, mas uns têm mais direitos que outros*. Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes. Vol. III. Universidade Católica: Lisboa, 2011, p. 495; e, HENRIQUES, Miguel Gorjão. *Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*. 6. ed. Almedina: Coimbra, 2010, p. 591.

¹²⁷ Cfr. Regulamento 405/2011 (EU), nomeadamente na parte dos considerando, item (5), em que afirma: “Este direito deverá ser reconhecido sem discriminações aos trabalhadores permanentes, sazonais e fronteiriços e àqueles que exercem a sua actividade para fins de prestação de serviços.”. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:141:0001:0012:PT:PDF>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

¹²⁸ Vide: Emprego, Assuntos Sociais e Inclusão – Cidadãos de países terceiros. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=470&langId=pt>>. Acesso em 28 mar. 2015.

¹²⁹ FONSECA, Sofia. Reino Unido quer limitar livre circulação de trabalhadores, *in DN Globo*. 05 dez. 2013. Disponível em: <http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=3571335&seccao=Europa>. Acesso em 12 jan. 2015.

A **nacionalidade originária** (também nomeada primária ou atribuída) pode decorrer de vários fatores, tais como o local do nascimento, a nacionalidade dos pais ou outra relação tida como relevante pelo Estado para atribuir a condição de nacional a alguém. Cada País, em seu ordenamento jurídico interno, prevê essas regras de determinação. Em geral utiliza-se algum dos seguintes sistemas:

a) *Jus solis*: voltando-se para uma concepção mais cívica e política, a nacionalidade é atribuída em decorrência do local do nascimento do indivíduo¹³⁰. Trata-se, portanto, de um fator geográfico, independente da procedência de seus ascendentes. Este sistema está historicamente ligado a países de imigração, como forma de acolhimento e integração social de famílias imigrantes, contribuindo para o povoamento do país. Por tal razão, até hoje é o critério predominante na maioria dos países americanos.

b) *Jus sanguinis*: a nacionalidade é definida considerando tão somente a nacionalidade dos pais, independente do local em que o indivíduo tenha nascido. Tal sistema se foca na concepção étnica-cultural da nacionalidade¹³¹. Possui relação mais forte com os países de emigração, como forma de resguardar um laço entre a família que permanece em seu território e seus descendentes que migraram. Pelo menos esta era a motivação inicial, mas depois passou também a ser incentivada pela necessidade de se manter a maior quantidade possível de cidadãos em atividade, que possam ser convocados em caso de eventual conflito armado.

c) Sistemas mistos: são aqueles que buscam conjugar os dois critérios anteriores, evitando possível conflito – positivo ou negativo – de nacionalidades em decorrência da aplicação exclusiva de algum deles. A rigor, a maioria dos Estados adota alguma forma de sistema misto, com a aplicação conjunta dos critérios anteriores, com a prevalência de um, mas com exceções fundadas no outro¹³². Dificilmente ocorre, na atualidade, a utilização privativa do sistema *jus solis* ou *jus sanguinis*.

Por sua vez, a **nacionalidade adquirida** (também conhecida como secundária, derivada ou de eleição) é obtida voluntariamente, em momento posterior ao nascimento, através, via de regra, de um procedimento de naturalização. Depende, portanto, de um ato

¹³⁰ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito Internacional...op. cit.*, p. 195.

¹³¹ *idem, ibidem*.

¹³² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internaciona... op. cit.*, p. 680.

de vontade do indivíduo, não mais se admitindo sua imposição por um Estado¹³³. A atuação estatal limita-se a aceitar – ou não – e conceder a nova nacionalidade, de acordo com suas normas de direito interno. Na atualidade, a naturalização quase sempre implica na ruptura com o vínculo de nacionalidade originário, justamente por depender de uma manifestação de vontade¹³⁴, o que faz com que seu País de origem entenda que o indivíduo não mais deseja fazer parte de seu povo.

2.3.1 *Direito humano fundamental à nacionalidade*

Conforme vimos anteriormente, a nacionalidade é um vínculo jurídico-político. O direito à nacionalidade, contudo, é algo distinto. Este é a expressão jurídica daquela¹³⁵. Somente depois de estabelecer este vínculo firmado pela nacionalidade, é que o indivíduo passa a integrar determinado povo. “*É aí que surge o direito de nacionalidade, consagrando prerrogativas, mas também deveres*”¹³⁶.

Nesta perspectiva, tem-se que a nacionalidade é um direito humano fundamental, amplamente assegurado pelas constituições nacionais e previsto em convenções internacionais, declarações e tratados de direitos humanos¹³⁷. Trata-se de um direito fundamental ao passo que, ao estabelecer o vínculo entre indivíduos nacionais e seu respectivo Estado, lhes assegura uma série de direitos e obrigações dele decorrente, tais como: o exercício dos direitos civis e políticos (uma vez que é pressuposto da cidadania); a permanência no território nacional; o impedimento de deportação de indivíduos; a identificação de um local físico que os acolha no mundo; o impedimento de que sejam expatriados ou proscritos de seu território de origem; e a obstrução da sensação de isolamento do ser humano¹³⁸.

¹³³ No passado, em alguns ordenamentos jurídicos internos, havia a previsão de aquisição de nacionalidade, de forma imperativa, através do casamento com um cidadão nacional. Contudo, na atualmente, a obtenção de nacionalidade pelo casamento também pressupõe anuência do indivíduo.

¹³⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional... op. cit.*, 674.

¹³⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 645.

¹³⁶ *Idem. ibidem*.

¹³⁷ DIÓGENES, Daniel Cabó. Nacionalidade do Atleta, in MACHADO, Jónatas E. M. *Direitos Humanos e Ética no Desporto*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 230.

¹³⁸ BAPTISTA, Olívia Cerdoura. *Direito de Nacionalidade em Face das Restrições Coletivas e Arbitrárias*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 14.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 15º, apresenta, de forma expressa, a nacionalidade como um direito fundamental, e assegura sua proteção contra sua privação arbitrária, além de não restringir sua aquisição ao momento do nascimento, ao garantir o direito à mudança posterior de nacionalidade.

No mesmo sentido consagra, em seu art. 19, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem¹³⁹, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San Jose da Costa Rica), no art. 20.

Por sua vez, a Carta Árabe de Direitos Humanos¹⁴⁰, de 1994, assegura a não só o direito a uma nacionalidade, mas também a faculdade trocá-la e mantê-la juntamente com qualquer outra nacionalidade árabe (art. 24). Contudo, cabe salientar que, embora a declaração não faça qualquer distinção de gênero, o direito de passar sua nacionalidade a seus ascendentes imediatos ainda é negado às mulheres em muitos países, como Arábia Saudita, Iraque e Líbano¹⁴¹.

Já Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950, e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos silenciam quanto à existência de um direito a uma nacionalidade. A Europa, contudo, aprovou a Convenção Europeia sobre a Nacionalidade, em 1997, assegurando este direito em seu artigo 4.º O continente asiático, devido à sua grande extensão territorial e às abissais diferenças culturais, possui poucos consensos nesta matéria, carecendo de um sistema unificado regional de proteção dos Direitos Humanos¹⁴².

¹³⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Bogotá, 30 abr. 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/declaracao-americana-dos-direitos-e-deveres-do-homem.html>>. Acesso em 28 fev. 2015.

¹⁴⁰ LEAGUE OF ARAB STATES. *Arab Charter on Human Rights*. 15 set. 1994. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/arabcharter.html>>. Acesso em 05 maio 2015.

¹⁴¹ THEODOROU, Angelina. 27 countries limit a woman's ability to pass citizenship to her child or spouse, *In FacTank - News in the numbers*. 05 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.pewresearch.org/fact-tank/2014/08/05/27-countries-limit-a-womans-ability-to-pass-citizenship-to-her-child-or-spouse/>>. Acesso em 26 maio 2015.

¹⁴² A Comunidade Econômica Eurasiática e a Organização para a Cooperação de Xangai são organismos internacionais que regulam alguns países na Ásia, mas têm viés apenas socioeconômico, não adentrando na seara dos direitos humanos. Para maior aprofundamento sobre o tema, vide MELLO, Guilherme Moreira Leite de. Fragility in Central Asia: the politics of Kyrgyzstan's and Tajikistan's securitarian instability, *In Research in Social Change*, v. 3, 2014, p. 189-208.

A primeira tentativa internacional de resguardar esse direito à nacionalidade data de 1930, com a Convenção da Haia¹⁴³, cujo artigo 1º estabelece que “*cabe a cada Estado determinar, segundo a sua própria legislação, quem são os seus cidadãos. Essa legislação será reconhecida por outros Estados na medida em que seja compatível com as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios de direito geralmente reconhecidos em matéria de nacionalidade.*”

Após, no decorrer do século XX, as discussões sobre o assunto se desenvolveram intentando priorizar os direitos humanos sobre a reserva de soberania dos Estados. A exemplo dessa evolução, temos a Convenção Europeia sobre a Nacionalidade, que dispõe que as normas do direito interno que determinem seus nacionais deverão ser aceitas pelos demais Estados, desde que “*(...) sejam consistentes com as convenções internacionais aplicáveis, com o direito internacional consuetudinário e com os princípios legais geralmente reconhecidos no tocante à nacionalidade*”¹⁴⁴.

Contudo, embora tais instrumentos visem assegurar a nacionalidade, não é imposto a nenhum país o acolhimento, como nacional, de toda e qualquer criança nascida em seu território. Entretanto, impõe-se a adoção de medidas, nos planos interno e internacional, para evitar a apatridia, garantindo que todos tenham uma nacionalidade assegurada. A Convenção Europeia sobre a Nacionalidade impõe que os países europeus editem normas, no plano interno, para a concessão da nacionalidade local aos recém-nascidos abandonados, encontrados em seu território, e que seriam apátridas na ausência desta norma (art. 6.º/1 b). Neste sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos avançou um pouco mais, assegurando a todas as pessoas o direito a nacionalidade do Estado em cujo território tiver nascido, se não tiver direito a outra, reiterando o direito de alterá-la e a proteção contra a privação arbitrária¹⁴⁵.

¹⁴³ SOCIEDADE DAS NAÇÕES. *Protocolo Especial relativo à apatridia*. Haia, 12 abr. 1930. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-Internacionais-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-1919-a-1945/protocolo-especial-relativo-a-apatrida-1930.html>>. Acesso em 28 fev. 2015.

¹⁴⁴ Art. 3º/2, Convenção Europeia sobre a Nacionalidade, de 26 de novembro de 1997. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_Europeia_sobre_a_Nacionalidade.pdf?view=1>. Acesso em 28. fev. 2015.

¹⁴⁵ Art. 20, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em 28 fev. 2015.

Desta forma, evita-se que os indivíduos nascidos nas Américas fiquem desamparados. Se esta regra for aceita por todos os países, pode-se diminuir drasticamente o surgimento de novos casos de apatridia, ou até mesmo erradicá-la, se for complementada no direito interno e estendida às aeronaves e embarcações (territórios fictos) e à presunção de nascimento local em favor dos expostos¹⁴⁶.

Esta disposição reveste de maior eficácia princípios de direito internacional para evitar que pessoas expulsas da tríade Estado-Povo-Território percam os benefícios da legalidade¹⁴⁷.

Assim como a privação arbitrária da nacionalidade é vedada, a ninguém poderá ser negado o direito de mudá-la, pois se trata de um direito personalíssimo da pessoa humana, que não pode ser obstado nem pelas leis internas de um país, nem pelas próprias normas constitucionais¹⁴⁸.

2.3.2 Plurinacionalidade e apatridia

O antagonismo na aplicação dos critérios *jus sanguinis* e *jus solis* de atribuição de nacionalidade, potencialmente gera conflitos legais que dão ensejo aos institutos da apatridia e da plurinacionalidade. No primeiro caso têm-se os apátridas, também conhecidos como heimatlos, que são pessoas que carecem de uma nacionalidade por não possuem vínculo desta natureza com nenhum país. Em geral, o nascimento de apátridas decorre do conflito negativo de nacionalidade, que se observa quando o indivíduo nasce no território de um Estado que utiliza o sistema *jus sanguinis* como regra, enquanto seus pais são nacionais de um Estado optante pelo critério *jus solis*¹⁴⁹.

Embora esta seja a razão mais comum, não é a única; a apatridia também pode decorrer de medidas políticas repressivas, como já se observou em alguns regimes totalitários que privaram pessoas de sua nacionalidade.

¹⁴⁶ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 176.

¹⁴⁷ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos... op. cit.*, p. 154

¹⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 176

¹⁴⁹ DIÓGENES, Daniel Cabó. Nacionalidade... in MACHADO, Jónatas E. M. *Direitos Humanos...op. cit.*, p. 232.

O segundo instituto refere-se aos cidadãos com nacionalidade múltipla, ou seja, pessoas que, ao nascer, estabelecem vínculo de nacionalidade com dois ou mais países. É justamente o que ocorre na situação oposta ao caso anterior, quando o indivíduo nasce no território de um país que utiliza o sistema *jus solis* como regra, enquanto seus pais são nacionais de um Estado que adota o critério *jus sanguinis*¹⁵⁰.

Como forma de ilustrar a essencialidade do direito à nacionalidade e, conseqüentemente, a gravidade da apatridia, analisaremos o cancelamento coletivo da nacionalidade dos judeus alemães durante o regime nazista.

Durante o regime nazista, como forma de enfatizar o tratamento vil destinado aos judeus, Adolf Hitler cancelou coletivamente a nacionalidade deste grupo de alemães, simplesmente por considerá-los indignos de tal vínculo. Isso significava que eles não mais teriam a referência de um espaço físico que os acolhesse e os desconstituiu como sujeitos de direitos, colocando-os à margem da legalidade.

Repentinamente, a Alemanha deixou de ser a pátria destas pessoas, tornando apátridas todos aqueles que não possuíam outra nacionalidade – a maioria – e privando-os de seus direitos políticos. Ademais, a apatridia abrupta os impossibilitou a comprovação de sua origem, o que na prática os impedia a obtenção de vistos para migração e os colocou em situação irregular em qualquer país que eventualmente se encontrassem, ficando sujeitos à deportação.

Além de todas as restrições políticas que tiveram que suportar, havia também um grande terror psicológico, na medida em que eles não mais possuíam um local de proteção e acolhimento no mundo, que lhes concedessem uma sensação de segurança. Viviam, pois, sob a constante sensação de perigo e abandono estatal, sem perspectiva de buscar auxílio em seu próprio país.

Todo esse processo aconteceu de forma muito rápida, logo após Adolf Hitler ser empossado na chancelaria da Alemanha, em janeiro de 1933. Já no fim de março do mesmo ano, foi aprovada pelo parlamento alemão a chamada Lei de Concessão de Plenos Poderes¹⁵¹, que, juntamente com o Decreto do Incêndio do Reichstag¹⁵², viabilizou a

¹⁵⁰ DIÓGENES, Daniel Cabó. Nacionalidade... in MACHADO, Jónatas E. M. *Direitos Humanos...op. cit.*, p. 232.

¹⁵¹ Oficialmente denominada *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich* (Lei para sanar a aflição do Povo e da Nação).

instauração da ditadura liderada por Hitler, ao autorizar o *Führer* a promulgar leis sem consultar o parlamento, o que possibilitou que suas ações futuras fossem consideradas legais perante o ordenamento jurídico da Alemanha. Na semana seguinte, os judeus alemães foram afastados dos cargos públicos e cinco meses depois, em agosto, foram publicadas as primeiras listas de cassação da cidadania alemã daqueles nomeados traidores do povo. Em dezembro foram criados os primeiros campos de concentração.

Posteriormente, em 1935, o parlamento alemão incrementou o pacote de restrições impostas aos judeus, ao aprovar três leis de iniciativa de Hitler para o fortalecimento do *Reich* e da raça ariana, que ficariam conhecidas como Leis de Nuremberg: a Lei da Bandeira do *Reich* (*Reichsflaggengesetz*), que tornou a bandeira da suástica a bandeira nacional e alterou as cores oficiais da nação para negro, vermelho e branco; a Lei da Cidadania do *Reich* (*Reichsbürgergesetz*) e a Lei da proteção do sangue e honra alemães (*Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*).

Recheadas de elementos subjetivos, as duas últimas normas tencionavam assegurar a supremacia do sangue alemão, ao impedir as miscigenação com aqueles considerados não-puros, e restringir apenas a eles o gozo de direitos políticos e a titularidade de garantias fundamentais. A Lei de Cidadania do *Reich* estabelecia, por exemplo, que somente o indivíduo de sangue alemão ou aparentado que, através de sua conduta, demonstrasse ser desejoso e apto de servir com lealdade o *Reich* alemão seria considerado um cidadão do *Reich*, e só estes cidadãos gozariam de plenos direitos políticos (art. 2.º).

A Lei da proteção do sangue e honra alemães baseou-se em fórmulas elaboradas pelo governo nazista que determinavam, de acordo com a quantidade de avós judeus ou alemães, o grau de pureza do sangue do indivíduo para efetuar a segregação racial e assegurar a supremacia da raça ariana. Esta norma vedava o casamento entre judeus e cidadãos de sangue alemão (art. 1.º), bem como qualquer relação extramatrimonial entre estes e aqueles (art. 2.º). Os casamentos inter-raciais seriam considerados nulos, ainda que celebrado em outro país, e os envolvidos seriam punidos com trabalhos forçados.

¹⁵² Em 27 de fevereiro de 1933 foi ateadado fogo no prédio do Parlamento alemão, em Berlim. A autoria do crime foi atribuída ao ativista comunista neerlandês, Marinus van der Lubbe. O incidente foi utilizado pelos nazistas como pretexto, que comprovaria que o Governo Alemão estava sob ameaça de uma conspiração comunista. Adolf Hitler, recém-empossado chanceler da Alemanha, incitou o então presidente, Paul von Hindenburg, a expedir um decreto emergencial com o objetivo de contrariar o confronto do Partido Comunista da Alemanha. Este ato normativo ficou conhecido como Decreto do Incêndio do Reichstag, e foi o primeiro grande passo para a instauração da ditadura de Hitler.

Ao fim da Segunda Guerra Mundial, diante da multidão de refugiados, a Assembleia-Geral das Nações Unidas aprovou diversas convenções acerca dos refugiados e apátridas, e estabeleceu um princípio geral de não-discriminação quanto a eles, determinando, ainda, uma série de direitos e deveres para com o Estado acolhedores, tais como a obediência ao ordenamento jurídico interno, a liberdade de circulação e de exercício profissional, a concessão de títulos de viagem para o exterior, facilitação do processo de naturalização etc¹⁵³.

A essencialidade do direito à nacionalidade pode ser claramente constatada ao observar a gravidade dos danos que a sua privação arbitrária é capaz de causar. Por esta razão, tal arbitrariedade é considerada uma das mais graves violações aos direitos humanos, na medida em que descarta as pessoas de sua condição de cidadãos e, conseqüentemente, dos benefícios concedidos pela lei aos nacionais¹⁵⁴.

No exemplo alemão em tela, uma enorme quantidade de pessoas foi forçada a viver fora de um mundo comum, excluídas de tudo aquilo politicamente compartilhado pela comunidade na qual, até pouco tempo, estavam inseridas quando foram abruptamente apartadas¹⁵⁵.

2.4 Condição Jurídica do Estrangeiro em Portugal e no Brasil

O direito dos estrangeiros faz referência a um conglomerado de normas e princípios que delimitam a situação jurídica dos estrangeiros no território nacional, reservando-lhes um tratamento distinto daquele reservado aos nacionais pelo ordenamento jurídico interno – a exemplo da não titularidade de direitos políticos, o que os impede de votar ou serem votados, ainda que sejam residentes no país –, com disposições especiais acerca das questões que relativas à entrada, permanência e saída do território nacional.

A Lei n.º 23, de 04 de julho de 2007 (com as alterações da Lei n.º 29/2012, de 9 de agosto e Lei n.º 56/2015, de 23 de junho) disciplina a entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional português (frise-se que, como Estado-

¹⁵³ CARVALHO, Kildare Gonçalves de. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 918

¹⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção... op. cit.*, p. 175.

¹⁵⁵ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direito... op. cit.*, p. 150.

membro da União Europeia, a legislação portuguesa incorporou uma série de determinações¹⁵⁶ da União sobre o assunto). Já a situação jurídica do estrangeiro no Brasil é regulamentada pela Lei Federal n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980, alterada pela Lei n.º 6.964/81 e regulamentada pelo Decreto n.º 86.715, de 10 de dezembro de 1981.

Além das disposições nacionais e comunitárias, os países também celebram acordos bilaterais que podem alargar os direitos e garantias de certos cidadãos. Elucidativamente, podemos citar o Estatuto da Igualdade Brasil-Portugal, um acordo estabelecido entre os dois países quanto ao gozo de direitos civis ou políticos. O estrangeiro não se beneficia de forma automática dessas prerrogativas, sendo necessário o preenchimento de uma série de requisitos e dar início a um processo administrativo solicitando a outorga da igualdade de direitos (cumpra esclarecer que ser beneficiário deste estatuto não equivale a naturalizar-se). Há também acordos importantes para os países lusófonos firmados no seio da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP).

¹⁵⁶ A Lei n.º 23/2007, de 04 de julho, transpõe para a ordem jurídica interna as seguintes diretivas da União Europeia: a) Diretiva n.º 2003/86/CE, do Conselho, de 22 de setembro, relativa ao direito ao reagrupamento familiar; b) Diretiva n.º 2003/110/CE, do Conselho, de 25 de novembro, relativa ao apoio em caso de trânsito para efeitos de afastamento por via aérea; c) Diretiva n.º 2003/109/CE, do Conselho, de 25 de novembro, relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração; d) Diretiva n.º 2004/81/CE, do Conselho, de 29 de abril, relativa ao título de residência concedido aos nacionais de países terceiros que sejam vítimas do tráfico de seres humanos ou objeto de uma ação de auxílio à imigração ilegal e que cooperem com as autoridades competentes; e) Diretiva n.º 2004/82/CE, do Conselho, de 29 de abril, relativa à obrigação de comunicação de dados dos passageiros pelas transportadoras; f) Diretiva n.º 2004/114/CE, do Conselho, de 13 de dezembro, relativa às condições de admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de estudos, de intercâmbio de estudantes, de formação não remunerada ou de voluntariado; g) Diretiva n.º 2005/71/CE, do Conselho, de 12 de outubro, relativa a um procedimento específico de admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de investigação científica; h) Diretiva n.º 2008/115/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular; i) Diretiva n.º 2009/50/CE, do Conselho, de 25 de maio, relativa às condições de entrada e de residência de nacionais de países terceiros para efeitos de emprego altamente qualificado; j) Diretiva n.º 2009/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de junho, que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular; k) Diretiva n.º 2011/51/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio, que altera a Diretiva n.º 2003/109/CE, do Conselho, de modo a alargar o seu âmbito de aplicação aos beneficiários de proteção internacional e; l) Diretiva n.º 2011/98/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro, relativa a um procedimento de pedido único de concessão de uma autorização única para os nacionais de países terceiros residirem e trabalharem no território de um Estado membro e a um conjunto de direitos para os trabalhadores de países terceiros que residem legalmente num Estado membro, ao passo em que consolidou no direito nacional da transposição dos seguintes atos comunitários: 1) Decisão Quadro, do Conselho, de 28 de novembro de 2002, relativa ao reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares; 2) Diretiva n.º 2001/40/CE, do Conselho, de 28 de maio, relativa ao reconhecimento mútuo de decisões de afastamento de nacionais de países terceiros; 3) Diretiva n.º 2001/51/CE, do Conselho, de 28 de junho, que completa as disposições do artigo 26.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, de 14 de junho de 1985; e 4) Diretiva n.º 2002/90/CE, do Conselho, de 28 de novembro, relativa à definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares.

Nos próximos tópicos serão analisados os principais dispositivos dos textos normativos supramencionados, notadamente as disposições acerca das exigências para entrada de estrangeiros no território nacional e os mecanismos que operam sua saída compulsória, por se tratarem de restrições às liberdades individuais da pessoa estrangeira, mas isentas de ilegalidade, tendo em vista que estão de acordo com as normas de direito internacional.

2.4.1 Restrições à entrada de estrangeiros

A admissão de estrangeiros no território nacional é ato de soberania e discricionário. Em outras palavras, cada Estado está autorizado restringir a entrada, temporária ou em definitivo, de qualquer indivíduo de um país terceiro, sem que sequer tenha que justificar a vedação. Em Portugal, por força do Código das Fronteiras Schengen¹⁵⁷, a recusa de entrada exige decisão fundamentada que indique as razões precisas da recusa¹⁵⁸.

Não há, por conseguinte, um direito de ingresso em nenhum país, senão naquele do qual se é nacional. Portanto, a eventual concessão de visto pelas autoridades consulares caracteriza mera expectativa de direito, de tal forma que a entrada, estadia ou registro do estrangeiro pode ser obstado de acordo com a avaliação de conveniência das autoridades locais.

As regras gerais de inadmissão variam de acordo com o direito interno, mas há motivações que aparecem na maioria dos ordenamentos jurídicos. Costuma-se não admitir a entrada de menores de idade desacompanhados do responsável legal e sem a sua expressa autorização, dos que foram expulsos recentemente ou possam, de alguma forma, ser considerados como ameaça para a ordem pública, a segurança interna, a saúde pública – para tanto são estabelecidas condições pelo Ministério da Saúde ou instituição equivalente –, aos interesses nacionais ou às relações internacionais. Na circunscrição do Código de

¹⁵⁷ Regulamento (CE) n.º 562/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006, que estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen). Publicado no *Jornal Oficial da União Europeia*, n.º L 105, de 13 abr. 2006, pp. 1-32.

¹⁵⁸ Artigo 13.º/2 – “A entrada só pode ser recusada por decisão fundamentada que indique as razões precisas da recusa. A decisão deve ser tomada por uma autoridade competente nos termos do direito nacional e produz efeitos imediatos.”

Fronteiras Schengen há um sistema unificado, denominado Sistema de Informação Schengen (SIS), no qual o cidadão que deseje ingressar num país pertencente ao acordo não poderá estar indicado para efeitos de não admissão. Isto porque, no âmbito deste acordo, o controle de fronteira não é de interesse exclusivo do Estado-Membro, mas do conjunto dos Estados-Membros que suprimiram o controle de suas fronteiras internas.

Ademais, o impedimento à entrada de qualquer dos membros de uma família pode ser estendido a todo o grupo familiar, a depender do motivo e da legislação do país.

Percebe-se que os motivos de impedimento de entrada ainda são muito subjetivos e que, mesmo dentro do espaço Schengen, que exige decisão fundamentada que indique as razões precisas do impedimento, a prática cotidiana revela uma realidade diferente.

Os indivíduos que, por qualquer razão, o país em questão não deseja receber em seu território são qualificados como indesejáveis. Caso o Estado, discricionariamente, julgue adequado, poderá admitir a entrada destas pessoas em determinados casos ou sob algumas condições¹⁵⁹.

É importante salientar que o impedimento de entrada do estrangeiro que não atende as condições fixadas pela legislação local não tem natureza de pena; trata-se de manifestação regular do poder soberano, para a salvaguarda da segurança interna e ordem pública.

Muito embora seja ato discricionário e manifestação de soberania reconhecida no plano internacional, não se tem notícia de qualquer país que tenha, na idade contemporânea, se utilizado dessa prerrogativa para fechar suas portas aos estrangeiros de forma geral¹⁶⁰.

O controle estatal de ingresso de estrangeiros e a autorização de trânsito livre em seu território é feito através do passaporte¹⁶¹, que possui natureza jurídica de documento policial, sendo, via de regra, expedido pela polícia de cada país para permitir que os seus nacionais ingressem no território de outro Estado. A exigibilidade do passaporte pode ser dispensada, através de acordo entre os países, tal como ocorre no âmbito da União

¹⁵⁹ ODA, Shigeru: El individuo en el Derecho Internacional, in SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985. p. 461

¹⁶⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internaciona... op. cit.*, p. 710.

¹⁶¹ Para maior aprofundamento acerca deste documento, vide: REALE, Égídio. Le problème des passeports, in *Recueil des Cours*. Vol. 50 (1934-IV), pp. 85-188.

Europeia e do Mercosul, cujo ingresso de cidadãos nacionais dos demais Estados-membros é admitida através da apresentação de um documento de identidade nacional expedido por instituição de segurança pública.

A entrada de um estrangeiro é, via de regra, condicionada à concessão de um visto, que deve ser solicitado previamente à autoridade consular. Essa exigência, contudo, também pode ser dispensada ante a existência de acordo entre os Estados envolvidos, ou em decorrência de mero exercício do princípio da reciprocidade¹⁶². Há diversos tipos de visto, a depender do motivo e duração da estadia e do ordenamento jurídico interno de cada país.

Em Portugal, o cidadão europeu pode permanecer no território nacional por até três meses, sem a necessidade de nenhuma autorização para tanto. Estadias de duração superior requerem a obtenção de um título de residência. Já cidadãos de países terceiros, via de regra, necessitam de visto, e a duração da permanência dependerá da natureza do visto concedido e sua validade. Há cinco tipos diferentes de vistos portugueses que podem ser concedidos a estrangeiros¹⁶³:

1. **Visto de escala aeroportuária:** permite ao titular a passagem por um aeroporto português, em escala para outro país, tendo acesso apenas à zona internacional do referido aeroporto, devendo prosseguir a viagem na mesma ou em outra aeronave.
2. **Visto de residência:** autoriza o titular ingressar no território português por seis meses, com a finalidade de solicitar uma autorização de residência. É a única espécie não passível de prorrogação. A autorização de residência pleiteada poderá ser concedida para fins de exercício de atividade profissional, investigação científica, atividade altamente qualificada, estudo, intercâmbio, mobilidade de estudante de ensino superior, reagrupamento familiar, estágio ou voluntariado.
3. **Visto de estada temporária:** autoriza a entrada e permanência em território português por até 1 ano para uma das seguintes finalidades: realização de tratamento médico (do titular e de familiar que o esteja acompanhando); transferência de cidadãos nacionais de Estados Partes na OMC (no contexto

¹⁶² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional... op. cit.*, pp. 712-713.

¹⁶³ Artigo 45.º c/c 66.º, Lei n.º 23/2007.

de prestação de serviços ou realização de formação profissional em território português); exercício de atividade profissional que não ultrapasse seis meses (em regra); desenvolvimento de investigação científica, atividade de docência em instituição de ensino superior ou atividade altamente qualificada; exercício de atividade esportiva amadora; ou outros casos excepcionais, devidamente fundamentados, que requeiram estadia por mais de três meses, como para fins de estudo em estabelecimento de ensino, para frequentar um estágio profissional não remunerado e intercâmbio de estudantes.

4. **Visto de curta duração:** é concedido subsidiariamente, quando as autoridades portuguesas deferem a concessão de visto para finalidade que não justifica a concessão de outro tipo, como, por exemplo, para trânsito para outro país, turismo e visita ou acompanhamento de familiares titulares de visto de estada temporária. Tem duração de três meses por semestre. Também pode ser concedido nos postos de fronteira, a título excepcional, ao estrangeiro que não tenha podido solicitá-lo à autoridade competente e preencha as regras do art. 67.º, para uma estadia máxima de 15 dias.
5. **Visto especial:** é concedido por razões humanitárias ou de interesse nacional, para entrada e permanência temporária em Portugal, a estrangeiros que não preencham os requisitos legais exigidos, tendo validade apenas para o território português. É possível sua concessão ainda que o indivíduo conste no Sistema de Informação Schengen, devendo, neste caso, ser comunicada a admissão às autoridades competentes dos outros Estados-partes.

No Brasil, por sua vez, há previsão de sete categorias distintas de vistos:

1. **Visto de trânsito:** autoriza o estrangeiro que tenha de entrar no território brasileiro para atingir o país de destino, a uma única entrada e estadia por até 10 dias. Não é exigido àqueles em viagem contínua que só se interrompa para as escalas obrigatórias do meio de transporte utilizado.
2. **Visto de turista:** concedido por até 90 dias, a critério do Ministério da Justiça, a quem visite o país em caráter recreativo, sem finalidade imigratória, nem intuito de estudo ou exercício de atividade remunerada.

3. **Visto temporário:** adequado ao estrangeiro que intente permanecer no país por período e finalidade pré-determinados, tais como viagem cultural, missão de estudos, viagem de negócios, estudo, ou na condição de artista, desportista, cientista, professor, correspondente de jornal, revista, rádio, televisão ou agência noticiosa estrangeira, ministro de confissão religiosa ou membro de instituto de vida consagrada e de congregação ou ordem religiosa, técnico ou profissional de outra categoria, sob regime de contrato ou a serviço do governo. A duração varia de acordo com a finalidade, podendo ser de 90 dias ou o correspondente à duração da missão, do contrato, ou da prestação de serviços (estudantes, têm prazo de até um ano, prorrogável mediante prova do aproveitamento escolar e da matrícula no ano seguinte).
4. **Visto permanente:** deve ser pleiteado pelos estrangeiros que pretendam se fixar, de forma definitiva, no Brasil, desde que se enquadrem em uma das situações previstas¹⁶⁴ e cumpram as respectivas exigências contidas nas normas de seleção de imigrantes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Imigração. Poderá ser estendido aos dependentes legais do requerente para fins de reunião familiar. A concessão deste tipo de visto pode ser condicionada, por até cinco anos, ao exercício de atividade certa e à fixação determinada região do país (não há qualquer impedimento de locomoção dentro do espaço territorial brasileiro, apenas à mudança de domicílio).
5. **Visto diplomático:** concedido a autoridades e funcionários estrangeiros e de organismos internacionais com *status* diplomático e que estejam no Brasil em missão oficial.

¹⁶⁴ Poderão pleitear visto permanente brasileiro os chefes de empresas que tiverem contrato de trabalho aprovado pela Coordenação-Geral de Imigração (CGI) do Ministério do Trabalho do Brasil (MTB); o estrangeiro representante de instituição financeira situada no Brasil, após o acordo da CGI; investidores que comprovem investimentos antecipadamente aprovados pelo MTB, à altura de US\$ 50.000,00 e após o acordo da CGI; aquele que irá exercer função de direção administrativa junto a instituição sem fins lucrativos, com ou sem remuneração proveniente do Brasil; aposentado estrangeiro comprovando a transferência de aposentadoria no valor de US\$ 2.000,00 mensais por pessoa, podendo se fazer acompanhar por até dois membros de sua família; Cônjuge, filhos menores de 21 anos de idade de cidadão brasileiro ou de estrangeiro titular de um visto permanente no Brasil, bem como irmãos, descendentes e ascendentes diretos, desde que comprovem dependência financeira. O companheiro de cidadão brasileiro em união estável há mais de 5 anos podem solicitar um acordo para visto de reagrupamento familiar junto ao Conselho Nacional de Imigração.

6. **Visto oficial:** previsto para autoridades e funcionários estrangeiros e de organismos internacionais se deslocarem para o Brasil em missão oficial (transitória ou permanente), inclusive missões científico-culturais, bem como para assistência técnica prestada no âmbito de acordos que contemplem, de forma expressa, a concessão deste tipo de visto a técnicos, peritos e cooperantes.
7. **Visto de cortesia:** pode ser concedido para estadias de até noventa dias a autoridades e personalidades estrangeiras que estejam com viagem não oficial agendada para o Brasil, aos dependentes maiores de 18 anos ou serviçal de funcionário diplomático, administrativo ou técnico estrangeiro, designado para missão de caráter permanente no Brasil, ou do quadro do Ministério das Relações Exteriores, de regresso de missão oficial permanente no exterior.

Há, atualmente, uma enorme quantidade de acordos de dispensa mútua da exigência de visto para ingresso. Portugueses podem ser admitidos em 141 países sem necessidade de visto, e brasileiros em 128. É importante salientar, contudo, que a dispensa de visto não faz presumir ingresso em definitivo. Esta admissão é sempre temporária¹⁶⁵ e, caso o estrangeiro deseje prolongar a estadia para além do período concedido aos turistas, deve buscar as autoridades locais para os trâmites necessários, geralmente condicionados à apresentação de documentação similar à exigida para o visto adequado para a situação em tela.

Já no tocante à migração, busca-se conciliar os interesses dos Estados com os da comunidade internacional, tendo em vista que, apesar da migração ser matéria de competência interna, ela possui relevância universal, conforme será abordado no próximo capítulo, em tópico específico.

¹⁶⁵ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público... op. cit.*, pp. 185-186.

2.4.2 Saída compulsória de estrangeiros

O estrangeiro poderá ser compulsoriamente¹⁶⁶ retirado do território nacional português através de uma decisão de afastamento coercitivo ou de expulsão judicial. No Brasil os institutos são a deportação e a expulsão. Em ambos os países há um terceiro instrumento, de cooperação internacional, através do qual um Estado entrega determinado indivíduo a outro país, por solicitação deste, para fins de procedimento criminal ou cumprimento de pena privativa da liberdade por crime cujo julgamento seja da competência do Estado requerente. Trata-se da extradição.

Ambos os institutos portugueses são espécies de um gênero maior denominado «expulsão», *lato sensu*¹⁶⁷. Os fundamentos para serem aplicados estão elencados taxativamente no art. 134.º/1 da Lei n.º 23/2007¹⁶⁸. A diferença entre eles reside no fato de o primeiro ser um procedimento administrativo, enquanto o último é judicial.

O **afastamento coercivo** pode ser determinado por autoridade administrativa com fundamento na entrada ou permanência ilegais em território nacional (art. 145.º). A decisão de afastamento é da competência do diretor nacional do SEF (art. 149.º/1), devendo conter, em regra os fundamentos da decisão, as obrigações legais do afastado e a interdição de entrada em território nacional, com a indicação do respetivo prazo (art. 149.º/3). A decisão de afastamento pode ser impugnada judicialmente, mas apenas com efeito devolutivo¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Há outras medidas de afastamento – readmissão, abandono voluntário e condução à fronteira – que não serão detalhadas neste estudo, por não se tratarem saída estritamente compulsória.

¹⁶⁷ A expulsão pode ser administrativa (art. 145.º) e judicial (art. 151.º) – e neste 2.º caso pode ser aplicado como pena acessória da sanção penal (art. 151.º), ou como medida autónoma (art. 152.º). Cf. Legispedia SEF - Comentários ao art. 134.º da Lei 23/2007. Disponível em <<https://sites.google.com/site/leximigratoria/artigo-134-o-fundamentos-da-decisao-de-afastamento-coercivo-ou-de-expulsao>>. Acesso em 28 maio 2015.

¹⁶⁸ Segundo referido dispositivo, está sujeito ao afastamento coercitivo ou expulsão judicial o estrangeiro que tenha entrado ou permanecido ilegalmente no território português; que atente contra a segurança nacional ou a ordem pública; cuja presença ou atividades constituam ameaça aos interesses ou à dignidade do Estado Português ou dos seus nacionais; que interfira de forma abusiva no exercício de direitos de participação política reservados aos cidadãos nacionais; que tenha praticado atos que obstarão sua entrada no País se fossem conhecidos pelas autoridades; suspeito de ter cometido atos criminosos graves ou que tenciona cometer atos dessa natureza, designadamente no território da EU ou; que seja detentor de um título que lhe confira direito de permanência em outro Estado-membro e não cumpra a obrigação de se dirigir, imediatamente, para este.

¹⁶⁹ O cidadão estrangeiro tem direito de recorrer aos processos urgentes ou com efeito suspensivo, previstos na Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro (Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

O estrangeiro detido por autoridade policial deve, se possível, ser entregue ao SEF, e ser apresentado dentro de 48 horas contadas da detenção, ao juízo de pequena instância criminal¹⁷⁰ para validação e eventual aplicação de medidas de coação. O estrangeiro pode ser notificado para comparecer ao SEF ou pode ser determinada sua colocação em um centro de instalação temporário (ou local equiparado), pelo prazo máximo de 60 dias para a execução da decisão de afastamento coercitivo (tal colocação, se determinada, deve durar tão somente o estrito tempo necessário para permitir a execução da decisão – Art. 146.º/3).

Durante a instrução do processo de afastamento deve ser assegurada a audição da pessoa contra a qual o mesmo foi instaurado, a quem devem ser disponibilizadas todas as garantias de defesa (Art. 148.º/1).

O estrangeiro detido pela autoridade policial que declarar, durante o interrogatório judicial, que deseja abandonar o território nacional poderá, por determinação do juiz competente, ser entregue à custódia do SEF para ser conduzido ao posto de fronteira e afastamento o mais breve possível (Art. 147.º), ficando interdito de entrar em território nacional pelo prazo de um ano (durante este período terá seus dados inscritos no Sistema de Informação Schengen e na lista nacional de pessoas não admissíveis).

Não será organizado processo de afastamento coercivo contra o estrangeiro que: apresente pedido de asilo a qualquer autoridade policial dentro das 48 horas após a sua entrada, ainda que irregular; detenha título que lhe confira direito de permanência em outro Estado-membro e cumpra a sua obrigação de se dirigir imediatamente para este; seja readmitido¹⁷¹ ou aceite a pedido de outro Estado-membro, desde que seja portador de título que o habilite a permanecer ou residir legalmente em território nacional; seja titular de título habilitante da sua permanência legal em território nacional, em conformidade com a lei (art. 146.º/5).

Já a **expulsão judicial** tem lugar como pena acessória – ao estrangeiro condenado por crime doloso em pena superior a seis meses de prisão efetiva ou multa alternativa (se não residente em Portugal) ou pena superior a um ano de prisão (se residente em Portugal)

¹⁷⁰ Nas áreas do país fora da jurisdição do juízo de pequena instância, o estrangeiro deve ser apresentado ao juiz do tribunal de comarca.

¹⁷¹ Cidadãos estrangeiros que se encontrem ilegalmente no território de um Estado, vindos diretamente de outro Estado, podem ser readmitidos por este último, mediante pedido formulado pelo Estado em cujo território se encontrem, nos termos das convenções internacionais. O cidadão estrangeiro reenviado para outro Estado ao abrigo de convenção internacional fica proibido de entrar em Portugal pelo período de três anos (art. 167.º).

– ou como medida autônoma, nas hipóteses elencadas no art. 134.º/1, dentre as quais se incluem aqueles que atentem contra a segurança nacional ou ordem pública ou cuja presença ou atividades constituam ameaça aos interesses ou à dignidade de Portugal ou dos seus nacionais.

O processo no qual são recolhidas as provas para habilitação da decisão é organizado pelo SEF, sempre que tenha conhecimento de algum fato que possa constituir fundamento de expulsão (art.153.º/1). O processo é recebido pelo juiz competente¹⁷², que marcará audiência de julgamento na qual, obrigatoriamente, deverá estar presente a pessoa contra quem foi instaurado o processo e as testemunhas, se houver.

A decisão de expulsão judicial, assim como a decisão de afastamento administrativa, deverá conter os respectivos fundamentos, as obrigações legais do expulsando e a interdição de entrada em território nacional, com a indicação do respetivo prazo (art. 157.º/1). Para impugná-la, é possível manejar recurso para o Tribunal da Relação, com efeito meramente devolutivo.

Será concedido um prazo de saída de território nacional (que varia entre 10 e 20 dias) ao cidadão estrangeiro contra quem é proferida uma decisão de afastamento coercivo ou de expulsão judicial, podendo ficar sob custódia do SEF quando se verificarem razões concretas e objetivas geradoras de convicção de intenção de fuga, se tenha utilizado documento falso, ou outras situações devidamente fundamentadas (art. 160.º/2).

Ressalte-se que, no âmbito da União Europeia, são reconhecidas e executadas mutuamente as decisões de expulsão (judiciais ou administrativas) proferidas por outro Estado-membro da UE, quando fundada em ameaça grave e atual para a ordem pública ou para a segurança nacional do Estado que proferiu a decisão ou no descumprimento por parte expulsando da regulamentação relativa à entrada e permanência de estrangeiros naquele Estado (art. 169.º).

¹⁷² Serão competentes os juízos de pequena instância criminal, nas respetivas áreas de jurisdição, ou os tribunais de comarca, nas demais, de acordo com o local de residência do estrangeiro ou, quando não residente, do local em que foi encontrado.

O cidadão português não é passível de expulsão, tendo em vista que se trata de mecanismo reconhecidamente inaplicável por um Estado contra seus nacionais¹⁷³.

O estrangeiro residente habitualmente em território português que tenha nascido no país (ou se encontre em Portugal desde idade inferior a 10 anos) ou que tenha filho menor residente em Portugal (de nacionalidade portuguesa ou estrangeira), sobre o qual exerça responsabilidades parentais e assegure o sustento e a educação só poderá ser expulso nos casos de atentado à segurança nacional, à ordem pública, aos interesses ou à dignidade do Estado Português ou dos seus nacionais, ou que cometeu ou tenciona cometer atos criminosos graves no território da União Europeia.

O residente de longa duração em Portugal só poderá ser expulso sob circunstância que represente ameaça real e suficientemente grave para a ordem pública ou a segurança pública, não devendo basear-se em razões econômicas, e levando em consideração a idade do cidadão, a duração de sua residência no território português, as consequências da expulsão para si pessoa e para os seus familiares e os laços com Portugal (ou a ausência de laços com o país de origem).

Em se tratando de residentes de longa duração em outro Estado-membro da União Europeia, é possível ser aplicada contra ele uma decisão de afastamento coercivo, se permanecer ilegalmente em território nacional. Sendo encaminhado para o território do Estado-membro que lhe concedeu o estatuto de residente de longa duração, o SEF notificará as respectivas autoridades competentes.

Após decisão de afastamento coercivo ou expulsão judicial, o estrangeiro não pode ser enviado para país onde possa ser perseguido pelos motivos que justificam a concessão do direito de asilo ou onde o cidadão estrangeiro possa sofrer tortura, tratamento desumano ou degradante.

No tocante aos institutos brasileiros, por sua vez, ambos têm natureza de sanções administrativas aplicadas ao estrangeiro, por iniciativa das autoridades locais.

A **deportação** é a sanção aplicável ao estrangeiro que tenha ingressado no país de forma irregular (entrada clandestina, por exemplo) ou cuja permanência se tornou indevida

¹⁷³ BOECK, Charles de. L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique, *In Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Vol. 018. Boston: The Hague Academy of International Law, 1927, p. 447.

posteriormente (como ocorre quando a validade do visto concedido expira e o indivíduo não se retira do território).

De início, é de suma importância esclarecer que só poderá ser deportado aquele que tenha efetivamente adentrado no território do país, não podendo ser confundido com o impedimento à entrada ocorrida na barreira policial de fronteira, em que o cidadão sequer se retira da zona internacional do porto ou aeroporto. Tal impedimento não tem natureza sancionatória, sendo mera manifestação de soberania do Estado, que manda de volta aqueles que julga inconvenientes, geralmente por existência de alguma irregularidade na documentação apresentada.

Os efeitos da deportação são imediatos, mas, em geral, o estrangeiro irregular é notificado, sendo-lhe concedido um prazo para que se retire voluntariamente do país. Apenas depois de vencido este prazo, caso insista na permanência indevida é que se opera a deportação.

Enquanto não efetivada, é possível que o indivíduo seja detido, pelo prazo máximo de 60 dias, prorrogável por igual período (art. 61, *caput* e p. único). Neste caso, será necessária a interferência do Poder Judiciário para esta finalidade, por força da disposição constitucional contida no art. 5º, LXI, segundo a qual “*ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*”.

Diferentemente do que ocorre com a expulsão, a deportação não costuma impedir o reingresso do cidadão no Brasil, desde que, na nova tentativa, esteja com a documentação regular, podendo ser exigidas algumas condições adicionais, como o ressarcimento dos gastos decorrentes da deportação e o pagamento de multa, caso tenha sido aplicada. Ademais, como em todo ingresso, sempre há a possibilidade de ter sua entrada impedida pelas autoridades locais, caso a julguem impertinente.

Com base no quadro principiológico e normativo atual do direito internacional, não mais se deve ser admitida a deportação coletiva de pessoas, como já ocorrido anteriormente, a exemplo da Rússia comunista pós 1917¹⁷⁴.

¹⁷⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internaciona... op. cit.*, p. 717.

A **expulsão** também é medida punitiva, mas aplicada àquele que, de alguma forma, violou a legislação ou regras de conduta locais¹⁷⁵. Seu ingresso no território do país pode ter sido legítimo e sua documentação estar inteiramente regular; a fundamentação da expulsão é a manutenção da segurança e ordem públicas, vilipendiada pelo expulsando.

É importante salientar que a expulsão tem natureza sancionatória, mas não na esfera penal, pois não se trata de crime tipificado pela lei brasileira. Diferente da expulsão portuguesa, o procedimento brasileiro é político-administrativo, sem necessidade de qualquer intervenção pelo Poder Judiciário (salvo caso seja solicitada prisão do expulsando, pelas razões exposta acima, sobre a detenção no processo de deportação). A conveniência da expulsão fica a cargo do Presidente da República.

O processo de expulsão é iniciado através da instauração de inquérito pelo Ministro da Justiça, junto ao Departamento de Polícia Federal¹⁷⁶. O expulsando é notificado para comparecer para interrogatório, no qual deverá indicar as provas que pretende produzir, sendo-lhe dado prazo de 6 dias para apresentação de defesa. Ao fim da instrução, é elaborado relatório conclusivo, anexando-se o inquérito ao respectivo processo, que deverá ser submetida à decisão do Presidente da República, com parecer do Ministro da Justiça. Da decisão de expulsão cabe pedido de reconsideração no prazo de 10 dias (art. 107, Decreto 86.715/81)

Se for necessário, o estrangeiro submetido a processo de expulsão poderá ter prisão decretada pela Justiça Federal por até 90 dias, prorrogável por igual período.

Finalizado o processo, o estrangeiro expulso é encaminhado para qualquer país que o aceite, só tendo o dever de recebê-lo o Estado do qual ele seja nacional. Assim como em Portugal, as autoridades brasileiras não o encaminharão para um terceiro Estado onde o indivíduo esteja sendo procurado pela prática de algum crime como forma de vingança, ou cujos motivos justifiquem pedido de asilo.

¹⁷⁵ Dispõe o art. 65 do Estatuto do Estrangeiro que será passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais; que praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil; que entrar no território ilegalmente no território brasileiro e dele não se retirar no prazo que lhe for determinado; que se entregar-se à vadiagem ou à mendicância; ou desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro.

¹⁷⁶ Art. 70, Estatuto do Estrangeiro c/c art. 103, Decreto n.º 86.715/81.

Por expressa disposição legal, não será expulso o estrangeiro que possuir cônjuge brasileiro há mais de cinco anos (e desde que não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito), ou filho brasileiro que esteja, comprovadamente, sob sua guarda ou dependência econômica (Art.75, II).

O cidadão brasileiro, seja ele nato ou naturalizado, não será deportado nem expulso, pois, como já exposto acima, são medidas inaplicáveis por natureza aos nacionais de um Estado. Havia, outrora, um instituto denominado banimento, que consistia no envio compulsório de brasileiro para o exterior, mas que foi abolido do ordenamento jurídico brasileiro desde a promulgação da CRFB/88¹⁷⁷.

Ademais, segundo o art. 13º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), do qual ambos, Portugal e Brasil, são signatários, o estrangeiro que se encontre legalmente no território do país só poderá dele ser expulso se observado o devido processo legal, sendo-lhe garantida a ampla defesa e o direito de ter seu caso reexaminado pelas autoridades competentes.

Por fim, temos a **extradição**, que é considerada o instituto mais antigo de cooperação internacional¹⁷⁸, intentando a repressão internacional de crimes. Trata-se de ato político-judicial, em que um país solicita a outro a entrega de um estrangeiro, ante a existência de processo criminal em trâmite contra si no país requisitante, para que este cidadão seja julgado ou cumpra pena já imposta.

No primeiro caso, quando o processo criminal ainda está em curso no país de origem, temos a extradição instrutória; no seguinte, que objetiva o cumprimento de uma pena já imposta pelo Estado requerente, haverá a extradição executória¹⁷⁹. De início cumpre ressaltar que não tem lugar a extradição em caso de ilícito civil ou fiscal, sendo admitida tão somente em caso de prática tipificada como crime¹⁸⁰.

Em regra, a extradição pressupõe a existência de um tratado entre os países envolvidos, posto que os tratados, em especial os bilaterais, que refletem verdadeiramente

¹⁷⁷ Art. 5º, inc. XLVII, alínea d, CRFB/88.

¹⁷⁸ VIEIRA, Manuel Adolfo. l'évolution récente de l'extradition dans le Continent américain, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Boston: The Hague Academy of International Law, 1984, p. 170.

¹⁷⁹ DEL'OLMO. Florisbal de Souza. *A extradição no alvorecer do século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 48.

¹⁸⁰ *Idem*, p. 23.

a vontade dos países de cooperar entre si para a repressão internacional de crimes, são a fonte por excelência do direito extradicional¹⁸¹. Tais tratados não criam direito; apenas estabelecem as condições para a sua efetivação e elencam os crimes passíveis desta medida (outros delitos não contemplados no tratado podem ser enquadrados com base na reciprocidade, se não for de encontro à legislação do Estado requerido).

A ausência de tratado específico entre os países não obsta a viabilização de extradição, que pode se operar com base nas leis sobre o assunto, em declarações formais de reciprocidade ou até mesmo na jurisprudência ou usos e costumes internacionais.

No Brasil, o Estatuto do Estrangeiro, já mencionado, possui disposições suficientes para possibilitar a realização de extradição com país com o qual não possua tratado específico para este fim. Em Portugal, há Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto, denominada Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal (LCJIMP).

Havendo pedidos de extradição concorrentes, a maioria dos países, inclusive Portugal e Brasil, em consonância com o a resolução do Instituto de Direito Internacional adotada na sua sessão de Oxford em 1880 (§9º), adotam o princípio da territorialidade, extraditando o cidadão para o país onde o crime foi cometido, ou àquele que teve os seus interesses ofendidos pelo delito praticado.

Se na legislação do Estado requerente for prevista para o crime em tela pena privativa ou restritiva da liberdade com caráter perpétuo ou de duração indefinida, a extradição só será operada, por Portugal ou pelo Brasil¹⁸², se o Estado requerente oferecer garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada. Em caso da pena cominada pelo país requerente ser de morte ou lesão corporal irreversível, ambos os países negarão o pedido de extradição, com base em suas respectivas vedações legais, a não ser que se comprometa a comutá-la por pena restritiva de liberdade de caráter não perpétuo (art. 6.º/1, alínea e c/c art. 6.º/2, alínea a, LCJIMP em Portugal, e art. 91, III, Estatuto do Estrangeiro no Brasil). Também não será concedida extradição de estrangeiro

¹⁸¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internaciona... op. cit.*, p. 723.

¹⁸² Portugal possui expressa disposição legal com tal condição, contida no art. 6.º/2, alínea b, LCJIMP. No Brasil não há nada na legislação, mas este é o entendimento consolidado atualmente no STF, desde o julgamento da Extradicação n.º 855, em 26 de agosto de 2004, quando o Brasil concedeu a extradição de Mauricio Hernández Norambuena para o Chile, com a ressalva de comutar as duas penas de prisão perpétua proferidas em pena de prisão temporária no limite máximo de trinta anos (limite da legislação brasileira, em atenção à vedação constitucional de prisão perpétua que vigora no país).

por crime político ou de opinião (Portugal: art. 7.º/1, a, LCJIMP. Brasil: art. 77, VII, EEB e art. 5º, LII, CRFB/88)

No Brasil a extradição de cidadãos natos é constitucionalmente vedada, sendo admitida quanto aos naturalizados apenas por tráfico ilícito de entorpecentes ou para crimes comuns, desde que praticados antes da naturalização (art. 5º LI, CRFB/88). Em Portugal ela é admitida, em caráter excepcional, tão somente em se tratando de terrorismo ou crime internacional organizado e desde que o país requerente consagre garantias de um processo justo e equitativo (art. 32.º/2, LCJIMP).

A extradição, via de regra, não impede o reingresso no país, após ter sido absolvido no processo ou, em caso de condenação, após o cumprimento da pena imposta.

Ressaltemos, por fim, que a extradição não se confunde com a **entrega** prevista no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional tratando-se de institutos jurídicos diferentes, aplicados em situações distintas¹⁸³. A diferença é explicitada no próprio Estatuto, em seu art. 102, alíneas a e b, ao definir que na entrega o cidadão é enviado pelo Estado ao TPI, nos termos do Estatuto de Roma, enquanto a na extradição a entrega é feita por um Estado a outro, conforme previsto em tratado, convenção ou no direito interno. A entrega ao TPI não viola, portanto, a vedação constitucional brasileira de extradição de nacionais.

¹⁸³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internaciona... op. cit.*, p. 723.

3. A PROTEÇÃO DO ESTRANGEIRO

3.1 A titularidade dos direitos fundamentais por pessoa estrangeira

Desde a antiguidade as sociedades foram marcadas pela diferença, pelos mais variados motivos possíveis, como se, de alguma forma, as contraposições e exclusões fizessem parte da própria natureza do ser humano¹⁸⁴. A igualdade já se constituiu conceito utópico e até absurdo. Atualmente, por mais difundida que esteja nas organizações sociais modernas, ainda é muito difícil estabelecê-la de forma efetiva.

Também desde as civilizações antigas um alvo constante dessa diferenciação são os estrangeiros, costume que perdura até as sociedades atuais ao redor do mundo. Entretanto, já se está pacificada a aplicação dos princípios da igualdade e não discriminação entre nacionais e estrangeiros, pelo menos quanto ao gozo de direitos fundamentais.

A distinção entre igualdade e não discriminação é um ponto que divide a doutrina jurídica, que não chega a um consenso para responder se a não discriminação se resume a uma dimensão negativa do princípio da igualdade ou se constitui um princípio autônomo, ou pelo menos com alguma autonomia. De início, cumpre esclarecer que não pretendemos, nestas poucas linhas, resolver essa questão. A este trabalho importa somente analisar seus aspectos que tenham repercussão prática no tratamento de estrangeiros, diferenciados dos cidadãos nacionais.

Para tanto, basta-nos saber que o princípio da não-discriminação possibilita completar as lacunas deixadas pela igualdade formal¹⁸⁵, cuja aplicação indistinta resulta em grandes desigualdades reais. Em muitas situações, para se alcançar um *status* realmente igual, é preciso estabelecer um tratamento diferenciado para aqueles em situação de

¹⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Coimbra: Gradativa, 1999.

¹⁸⁵ BARNARD, Catherine. *Gender Equality in the EU*, in *The EU and Human Rights*. Edição de Philip Alston, Oxford University Press, 1999.

desvantagem, possibilitando que, através de uma discriminação positiva, se equiparem aos que se encontram em situação mais vantajosa.

Esta perspectiva de realizar a igualdade sob o prisma que contrapõe partes em diferentes níveis de vantagem parece ser mais eficaz que aquela que se baseia somente nas diferenças, tendo em vista que, por vezes, a diferença reside na própria natureza das coisas, que não pode ser alterada pela vontade do homem.

Ademais, ainda que a igualdade esteja formalmente estabelecida na lei, ela pode ter sua efetividade bastante limitada pelos preconceitos sociais. Portanto, esta proibição de discriminação não tem por objetivo tão somente limitar a atividade do legislador, mas também, ao referir-se aos motivos concretos de discriminação, identifica eventos segregacionistas que devem ser extintos¹⁸⁶.

Da breve reflexão acima, podemos extrair que o princípio da não discriminação, ao preencher as lacunas deixadas pela igualdade formal – estabelecendo quais critérios são válidos para distinguir as pessoas e sob quais aspectos –, nos permite concluir quais as distinções entre os indivíduos podem ser consideradas lícitas em um Estado democrático de direito¹⁸⁷.

Nenhum Estado soberano é obrigado a receber um estrangeiro, qualquer que seja, em seu território, a título definitivo ou provisório¹⁸⁸, em decorrência do direito das gentes¹⁸⁹. Contudo, muito embora essa obrigatoriedade não exista, caso admita algum estrangeiro, deve-lhe conceder um mínimo de direitos (cuja natureza e dimensão variam de acordo com a duração e o tipo de ingresso). Ou seja, pelo menos sua segurança pessoal e de seus bens devem ser resguardadas, ainda que não gozem dos mesmos direitos que os nacionais. A situação jurídica dos estrangeiros não pode ficar, portanto, abaixo de um

¹⁸⁶ UBILLOS, Juan Maria Bilbao, MARTINEZ, Fernando Rey. Veinte Años de Jurisprudencia sobre la Igualdad Constitucional, in SÁNCHEZ, Julián Martínez-Simancas; REYES, Manuel Aragón, *La Constitución y la Práctica del Derecho*, n.º 4, 1999, pp. 243-340.

¹⁸⁷ CANOTILHO, Mariana. Brevíssimos Apontamentos sobre a Não Discriminação no Direito Da União Europeia, in *Julgar*, n.º 14. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 102-111, p. 103.

¹⁸⁸ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público... op. cit.*, pp. 184-185.

¹⁸⁹ O direito das gentes é a ciência que estuda as obrigações e os direitos das Nações, analisando a maneira que os Estados devem regular as suas atividades e as obrigações de um povo para consigo e para com os outros povos, tendo em vista que é necessário que uma Nação conheça as suas obrigações, tanto para evitar transgredi-las, como para conhecer com precisão aquilo que possa legitimamente exigir dos outros. Cf. DE VATTEL, Emer. *O Direito das Gentes*. Tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora Universidade de Brasília – UNB, 2004, p. 1.

determinado patamar mínimo de garantias¹⁹⁰. Do mesmo modo, a lei interna também não pode conceder direitos mais amplos aos estrangeiros que aos cidadãos nacionais¹⁹¹.

A titularidade de garantias fundamentais pela pessoa estrangeira tem fundamento no força normativa dos direitos humanos, independente da adequação da legislação interna a este espírito. No Brasil, por exemplo, o texto da Constituição Federal vigente, que data de 1988, assegura apenas aos estrangeiros residentes no país um núcleo mínimo de direitos tidos por mais essenciais: a vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade (art. 5º). Da mesma forma, na literalidade do Estatuto do Estrangeiro, os direitos e garantias constitucionais reconhecidos aos brasileiros são assegurados apenas aos estrangeiros residentes no país. Atualmente, contudo, como já reafirmou a jurisprudência do STF¹⁹², em consonância com a sistemática atual de proteção internacional dos direitos humanos, pautada na cidadania e preservação da dignidade da pessoa humana, o entendimento foi alargado para alcançar também os adventícios que estejam apenas de passagem pelo país, independente do objetivo ou duração da estadia.

Ressalte-se, ainda, que nem mesmo o cometimento de crimes pode desnaturar a condição de pessoa. É claro que o Estado pode e deve adotar todas as medidas necessárias para proceder à saída compulsória do estrangeiro, se julgar necessário e adequado, mas tais procedimentos devem se dar com as mesmas garantias mínimas que são asseguradas aos seus nacionais em quaisquer processos judiciais ou administrativos.

Via de regra, a maioria dos países assegura aos estrangeiros que adentrem seu território, ainda que temporariamente, o gozo dos direitos civis, com algumas poucas restrições, a exemplo do exercício de atividade laboral remunerada, que geralmente é

¹⁹⁰ KELSEN, Hans. *Direito Internacional e Estado Soberano*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁹¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional: a synthese dos princípios e a contribuição do Brasil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1939, p. 197.

¹⁹² Neste sentido, sinalizou o Supremo Tribunal Federal brasileiro, ao reconhecer o direito de estrangeiro não residente impetrar, por exemplo, *habeas corpus* no Judiciário Brasileiro. O ministro-relator Celso de Mello afirmou que “o fato de o paciente ostentar a condição jurídica de estrangeiro e de não possuir domicílio no Brasil não lhe inibe, só por si, o acesso aos instrumentos processuais de tutela da liberdade nem lhe subtrai, por tais razões, o direito de ver respeitadas, pelo Poder Público, as prerrogativas de ordem jurídica e as garantias de índole constitucional que o ordenamento positivo brasileiro confere e assegura a qualquer pessoa que sofra persecução penal instaurada pelo Estado”. STF, HC 94016 MC/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 7 abr. 2008.

restrito aos nacionais e aos estrangeiros residentes¹⁹³ e, como vimos anteriormente, os direitos políticos também não costumam ser estendidos aos estrangeiros.

Nessa conjuntura, podemos concluir que o Estado possui obrigações para com qualquer estrangeiro que se encontre em seu território, mesmo na mais breve das situações, inclusive na zona internacional dos aeroportos, devendo-lhe proporcionar o acesso a direitos elementares à pessoa humana, tais como a vida, integridade física, propriedade de seus bens, tratamento isonômico em relação a outros na mesma situação e a prerrogativa de peticionar (administrativa ou judicialmente)¹⁹⁴. E isso independe, inclusive, de sua regularidade documental, tendo em vista que a condição de estrangeiro, ainda que tenha entrado ou permanecido de forma irregular no país, não pode obstar-lhe a garantia de direitos tidos por fundamentais, pois a condição de ser humano deve sempre ser considerada acima dos protocolos legais de estadia no Estado em questão.

A este respeito, chama-nos atenção especial os estrangeiros que se encontram na zona internacional de portos e aeroportos ao redor do mundo, que se veem em uma situação de vulnerabilidade excepcional, pois, caso sejam vítimas de arbitrariedades das guardas de fronteiras, sequer têm a quem recorrer no momento.

O Código de Fronteiras Schengen impõe o respeito pleno à dignidade humana e veda expressamente, no controle de fronteira, qualquer ação de cunho discriminatório em razão de raça, origem étnica, religião, entre outros, por parte dos guardas de fronteira. Estes dispositivos, contudo, nem sempre são observados na prática.

Diversas pessoas narram abusos que começam desde a maneira de serem tratadas, cujos olhares e tons de voz sugerem que foram apanhados em flagrante e condenados por um crime pelo qual sequer foram julgados. Entre as denúncias mais recorrentes estão o tratamento vexatório, tomada de pertences pessoais, confinamento injustificado que pode perdurar por dias, escassez e má qualidade na alimentação fornecida, dificuldades em contatar alguém – seja o consulado, um advogado ou familiares – e, principalmente, a falta de informações sobre o que está acontecendo. Em geral, quase tudo se resume a irregularidade documental, sem detalhar qual a documentação faltante ou incompleta, o

¹⁹³ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público... op. cit.*, p. 186.

¹⁹⁴ *Idem, ibidem.*

que leva muitos dos impedidos a concluir pela inexistência de qualquer motivo real, sendo puro exercício arbitrário da guarda de fronteira.

A exemplo desta problemática, podemos citar o mal-estar instaurado entre Brasil e Espanha no final da década passada, após sucessivos casos de brasileiros – muitos dos quais professores, estudantes inscritos para apresentar trabalhos em congressos internacionais, alunos de mestrado e doutorado regularmente inscritos em universidades europeias – impedidos de entrar no território espanhol, por razões obscuras.

A contenda teve início em 2007, quando, apenas no mês de fevereiro, um total de 536 brasileiros foram barrados no aeroporto de Barajas, em Madri, enquanto a média mensal de cidadãos tupiniquins impedidos de adentrar na Espanha no segundo semestre de 2006 era de apenas vinte. Segundo a embaixada brasileira em Madri, estava claro que o governo espanhol havia mudado a aplicação de regras para a admissão de brasileiros no país¹⁹⁵.

Não tardou até o governo brasileiro aplicar o princípio da reciprocidade e enrijecer as exigências para a entrada de cidadãos espanhóis. Desde então os viajantes destes países nunca estavam seguros de que teriam uma viagem bem-sucedida, pois mesmo estando com toda a documentação necessária poderiam ser impedidos de entrar no país de destino. O problema se alastrou por alguns anos e parece ter sido contornado na atualidade, mas enquanto perdurou causou muitos transtornos aos milhares de viajantes impedidos, que não possuíam culpa alguma no desentendimento entre os governos.

Estes preceitos fundamentais, assegurados por normas internacionais, são de grande importância na tentativa de evitar situações de absoluta violação de direitos humanos fundamentais, como perseguições de cunho ideológico que podem chegar ao extremo de despir o ser humano de sua própria nacionalidade e, conseqüentemente, dos direitos de cidadania¹⁹⁶.

Ressaltemos que o Estado violador poderá ser responsabilizado no plano internacional pelos danos causados a estrangeiros, podendo o processo ser iniciado pelo

¹⁹⁵ GALÁN, Lola. En Barajas se habla portugués, *in El País*, 24 mar. 2008. Disponível em <http://elpais.com/diario/2008/03/24/espana/1206313213_850215.html>. Acesso em 29 jul. 2015.

¹⁹⁶ CLEMENTE, Alexandre Shimizu, NASCIMENTO, Bruno Pereira. *Direitos Humanos... op. cit.*

Estado do qual a vítima é nacional¹⁹⁷, ou pela própria pessoa vilipendiada, tendo em vista o reconhecimento do indivíduo enquanto sujeito de direito internacional. A responsabilização internacional, contudo, está condicionada ao esgotamento das vias internas para sanar a ofensa¹⁹⁸. Assim como o governo local tem a justa expectativa de que o estrangeiro irá obedecer suas normas internas, o estrangeiro também deve esperar que o Estado assegure seus direitos fundamentais.

Em que pese a impossibilidade do Estado em diferenciar nacionais e estrangeiros quanto ao gozo de direitos fundamentais e a obrigatoriedade de assegurá-los também aos estrangeiros, ao nos aprofundarmos um pouco mais nesta questão perceberemos que há uma contraposição de interesses igualmente legítimos: o direito de exclusão\restrição *versus* direito de integração\inserção. Contrapõe-se o poder-dever do Estado de excluir os estrangeiros de alguns direitos, ou restringi-los o gozo, com o direito dos imigrantes de serem inseridos e tomarem parte da sociedade.

Ressalte-se que este direito de exclusão deve ser restrito ao Estado, jamais estendido à população, pois, como vimos acima, um dos objetivos da aplicação dos princípios da igualdade e não discriminação é justamente a extinção dos fenômenos segregacionistas.

Nas Américas, o Código de Bustamante¹⁹⁹ já dispunha, há quase um século, que os estrangeiros provenientes de qualquer dos Estados signatários²⁰⁰ gozam dos mesmos direitos civis dos nacionais. Disposições desta natureza estão espalhadas por diversos tratados regionais, que beneficiam, contudo, somente os nacionais de Estados contratantes, pois o seu fundamento ainda está no acordo firmado e não na dignidade humana.

Cumprе esclarecer, ainda, que o estado não apenas pode como tem o dever de estabelecer uma distinção entre nacionais e estrangeiros, pois a separação é estabelecida

¹⁹⁷ BUERGENTHAL, Thomas *et al.* *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 118.

¹⁹⁸ CHATUR, Dharmendra. Responsibility of States for Injury to Aliens, *In Public International Law Research Paper*. Disponível em: <<http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=dchatur>>. Acesso em 4 ago. 2015.

¹⁹⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Código de Direito Internacional Privado*. Havana, 20 fev. 1928. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/bustamante.htm>> Acesso em 26 mar. 2015.

²⁰⁰ O Código de Bustamante foi assinado por Peru, Uruguai, Panamá, Equador, México, Salvador, Guatemala, Nicarágua, Bolívia, Venezuela, Colômbia, Honduras, Costa Rica, Chile, Brasil, Argentina, Paraguai, Haiti, Republica Dominicana, Estados Unidos e Cuba.

sobre os preceitos do direito das gentes²⁰¹. Ainda que as regras de aquisição e perda de nacionalidade sejam matéria do direito interno, a obrigação de instituir uma nacionalidade é supraestatal, de tal forma que o Estado não pode se negar a dizer quem são seus nacionais, pois imposto pelo direito das gentes²⁰², que é considerado essencial, e não pode ser modificado pela vontade dos Estados²⁰³.

As restrições aos direitos dos estrangeiros não fazem, por si só, do país em questão uma nação hostil ou não receptiva para com eles, desde que os critérios de discriminação sejam eminentemente políticos, relacionados aos direitos de cidadania em sentido estrito (basicamente a participação nos processos de sufrágio eleitoral), ou questões essenciais à organização e segurança estatal ou, ainda, que tenham correlação com o acesso ao mercado de trabalho. Estas espécies de distinção entre nacionais e estrangeiros são legítimas e feitas pela maioria dos sistemas constitucionais, para resguardar a soberania nacional²⁰⁴. Ademais, qualquer país que esteja de braços abertos para receber estrangeiros, por mais flexível que seja quanto aos critérios de entrada e saída do território, exigirá a observância de certos preceitos legais, inexigíveis quanto aos seus nacionais.

3.2 Direito dos Estrangeiros

Depois de os Direitos Humanos, no segundo Pós-guerra, terem alcançado o *status* de normas internacionais, direcionando a todos os Estados participantes da ONU a responsabilidade de efetivá-los e protegê-los, inclusive sob pena de sofrerem sanções por sua violação, alguns institutos e ramos do Direito Internacional Público ganharam novos contornos, com maior grau de relevância e novas dimensões, conforme veremos a seguir.

²⁰¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. v III. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 238.

²⁰² *Idem, ibidem*.

²⁰³ DE VATTEL, Emer. *O Direito das Gentes... op. cit.*, p.3.

²⁰⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 429.

3.2.1 *Direito de Asilo*

O termo «asilo», derivado do grego e do latim, significa refúgio, local de amparo, proteção e abrigo²⁰⁵. É caracterizado pelo acolhimento de um cidadão estrangeiro sem os requisitos de ingresso em território nacional, para evitar perseguição ou crime, de natureza política ou ideológica, em seu país de origem, assegurando-lhe a vida ou liberdade que lhe fora ameaçada pela situação sociopolítica de sua terra natal²⁰⁶.

Tal proteção é concedida desde civilizações antigas, tais como os egípcios, gregos e hebreus. Na Grécia clássica, por exemplo, existia o asilo religioso, através do qual pessoas perseguidas pelas autoridades locais ou pela própria população podiam se abrigar em alguns locais consagrados aos deuses ou ao culto de divindades. Alguns destes lugares chegavam a oferecer imunidade total dos acolhidos, ainda que culpados, mas na maioria dos templos as pessoas recebidas tinham apenas o direito de serem processadas e obteriam proteção incondicional apenas se declaradas inocentes²⁰⁷.

Com o surgimento das Cidades-estados apareceu a figura do estrangeiro, sob a denominação de «novo protegido», cuja proteção estava relacionada à pena de exílio aplicada a crimes políticos²⁰⁸.

Mais adiante, durante a Idade Média, também em decorrência do respeito das autoridades a lugares considerados sagrados, pessoas buscavam asilo em locais dedicados ao divino, tais como mosteiros, conventos e até cemitérios. Neste período, porém, a partir do século XIII, o instituto se debilitou em decorrência dos frequentes abusos praticados pelas autoridades civis contra as igrejas, através de invasões e ataques. Autores da época defendiam que não seria admissível a existência de lugares dentro das fronteiras de um país onde sua lei não fosse aplicada²⁰⁹. A Igreja lutou para manter o privilégio de conceder asilo religioso, inclusive discorrendo sobre ele no Direito Canônico, mas não conseguiu impedir sua supressão progressiva até o completo desaparecimento no século XX.

²⁰⁵ LIMA, Maria Amélia Ximenes Correia. O termo "institucionalização", in *Retratos de Asilo*. Disponível em <<http://www.portaldoenvelhecimento.org.br/acervo/retratos/retratos3.htm>>. Acesso 4 jun. 2015.

²⁰⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internaciona... op. cit.*, p. 734.

²⁰⁷ SANCHES, Luciana Taynã. Direito de Asilo: História, in *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3745, 2 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25448>>. Acesso 12 jun. 2015.

²⁰⁸ SANCHES, Luciana Taynã. Direito de Asilo... in *Revista Jus Navigandi... op. cit.*

²⁰⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Tradução Ridendo Castigat Mores. Versão digital. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf> Acesso 12 jun. 2015.

Desde o surgimento do Estado moderno, a qualidade de inviolabilidade ostentada por locais religiosos foi sendo transferida para lugares relacionados às missões diplomáticas, nas quais um Estado podia exercer suas funções no território de outro.

Surgiu, assim, a figura moderna do asilo político, cujos primeiros refugiados datam de 1492, quando grupos de judeus foram expulsos pelos Reis Católicos da Espanha e admitidos em Portugal, por Dom João II²¹⁰.

O termo asilo político é utilizado genericamente para designar tanto o asilo territorial quanto o asilo diplomático. Conforme explicitado anteriormente, a perseguição deve ter motivação política ou ideológica, não sendo permitida a concessão de asilo político em casos de crimes comuns, nem a desertores das forças armadas (a não ser que os fatos que motivarem o pedido sejam claramente de viés político).

Atualmente, o asilo está assegurado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 14º) e em diversos tratados multilaterais regionais, tais como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²¹¹ (artigo 18º), Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 22/7) e Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos²¹² (art. 12º/3).

A América Latina há muito dedica atenção especial ao asilo político, aperfeiçoando-o através de usos e costumes e o tendo abordado nos tratados e convenções regionais²¹³ celebrados bem antes de o instituto vir a ser consagrado em textos internacionais celebrados em outras regiões do mundo.

A concessão ou não de asilo político é decisão discricionária do Estado em cada caso, de acordo com seu ordenamento interno e normas internacionais do qual seja

²¹⁰ TAVARES, Maria José Ferro. A expulsão dos Judeus de Portugal: conjuntura peninsular, in *Oceanos*. N.º 29, Jan/Mar. Lisboa: 1997.

²¹¹ UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais. Publicada no *Jornal Oficial da União Europeia*, n.º C 326, de 26 out. 2012, pp. 391-407.

²¹² ORGANIZAÇÃO DE UNIDADE AFRICANA. *Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos*. Nairobi, 26 jun. 1981. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/carta-africa.html>>. Acesso em 28 fev. 2015.

²¹³ A matéria fora tratada, por exemplo, no Tratado de Direito Penal Internacional em Montevidéu (1889), Convenção sobre Asilo Político de Havana (1928), Convenção sobre Asilo Político de Montevidéu (1933), Tratado sobre Asilo e Refúgio Político em Montevidéu (1939), Tratado sobre Direito Penal Internacional em Montevidéu (1940), Convenção sobre Asilo territorial de Caracas (1954), Convenção sobre Asilo Diplomático de Caracas (1954), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica - 1969), Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de Bogotá (1948), Declaração de Cartagena (1984) e Declaração do Rio de Janeiro sobre Refúgio (2000).

signatário. Em Portugal, a Lei n.º 15/98 de 26 de março, estabelece o regime jurídico-legal do asilo. No Brasil, há algumas disposições sobre o instituto no Estatuto do Estrangeiro.

De acordo com referida lei portuguesa, o **asilo territorial** é garantido a estrangeiros e apátridas perseguidos (ou gravemente ameaçados de perseguição) em consequência de atividade exercida no Estado em que reside em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana (art. 1.º/1), bem como àqueles que não possam ou não queiram voltar ao seu Estado de origem por receio de perseguição em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou integração em certo grupo social (art. 1.º/2).

Não é concedido asilo àqueles que pratiquem atos contrários aos interesses fundamentais, à soberania portuguesa, aos fins e princípios das Nações Unidas, crimes contra a paz, crimes de guerra ou crimes contra a humanidade e crimes dolosos de direito comum puníveis com pena de prisão superior a três anos (art. 3.º). O asilo também poderá ser recusado se da sua concessão resultar perigo comprovado ou fundada ameaça para a ordem pública ou segurança interna ou externa.

Para fins de reagrupamento familiar, os efeitos do asilo podem ser estendidos ao cônjuge e aos filhos menores, adotados ou incapazes, a requerimento do asilando. Em se tratando de requerente menor de 18 anos os efeitos extensivos se operam nas mesmas condições ao pai, à mãe e aos irmãos menores de que seja único amparo (art. 4.º). Ademais, a concessão de asilo impede o seguimento de qualquer pedido de extradição do asilado, se fundado nos mesmos fatos.

No Brasil, cuja concessão de asilo político é um dos princípios que rege o País em suas relações internacionais²¹⁴, a principal particularidade de seu ordenamento interno é a disposição expressa do art. 29 do Estatuto do Estrangeiro, que proíbe a saída do asilado do território nacional sem prévia autorização do Governo brasileiro, cujo descumprimento é considerado renúncia ao asilo, o que impede o reingresso do indivíduo nessa condição.

No mais, o Brasil segue todas as disposições do regulamento latino-americano, exposto na Convenção sobre Asilo Territorial de Caracas, segundo a qual o ingresso clandestino ou irregular do solicitante de asilo no território do Estado não obsta a concessão do asilo.

²¹⁴ Art. 4º, X, CRFB/88.

A Convenção também assegura aos Estados signatários a garantia de não serem obrigados a estabelecer quaisquer distinções no tratamento de asilados ou refugiados políticos com relação aos demais estrangeiros. O que pode ocorrer, e dependerá de solicitação do Estado interessado, é o país asilante pôr o asilado sob vigilância, inclusive com internamento (neste caso, todas as despesas decorrentes deverão ser arcadas pelo Estado solicitante e o asilado só poderá ser internado a uma distância prudente das fronteiras, cabendo ao Estado asilante determinar o que é considerado prudente).

Por fim, nenhum país signatário poderá ser obrigado a entregar a outro Estado ou a expulsar de seu território pessoas perseguidas por motivações políticas. Também não se opera extradição em caso de cometimento de delitos comuns com fins políticos, nem quando esta for solicitada por motivos predominantemente políticos.

O **asilo diplomático** é uma modalidade típica da América Latina (embora se tenha notícias de alguns casos isolados ao redor do mundo), que foi especialmente regulamentado nesta região através da Convenção sobre Asilo Diplomático de Caracas, em 1954, assinada por todos os países latino-americanos, realizada após as críticas tecidas pela Corte Internacional de Justiça, no emblemático Caso Haya de la Torre, envolvendo Peru e Colômbia em 1950²¹⁵, com relação às imperfeições e lacunas das normas anteriores.

Referida convenção define esta espécie de asilo como aquele em que o acolhimento é feito no próprio Estado estrangeiro (denominado Estado territorial), mas em local fora de sua jurisdição, ou seja, nas sedes de missão diplomática, navios de guerra²¹⁶, acampamentos ou aeronaves militares, na própria residência dos chefes de missão, e em quaisquer outros locais que sejam por eles destinados para esse efeito (quando o número de asilados excede a capacidade normal dos edifícios).

Isto ocorre graças à inviolabilidade dos locais da missão diplomática²¹⁷, de tal forma que esta modalidade de asilo se vincula à jurisdição do local, transpondo as barreiras

²¹⁵ O famoso caso Haya de la Torre tornou-se paradigma para a regulamentação do asilo diplomático na América Latina. Vide CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia* (1948 - 1991), pp. 22-23 Disponível em: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf> Acesso em 25 abr. 2015.

²¹⁶ Os navios de guerra ou aeronaves militares, que se encontrarem provisoriamente em estaleiros, arsenais ou oficinas para serem reparados, não podem constituir recinto de asilo.

²¹⁷ As sedes de missão diplomática não poderão ser objeto de busca, conforme dispõe o art. 22 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 18 de abril de 1961. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D56435.htm>. Acesso em 10 jun. 2015.

territoriais, e concedendo à legação diplomática uma extraterritorialidade fictícia. A proteção será concedida pela autoridade responsável pelo local, a exemplo do chefe da missão diplomática (ou quem o substitua), e do comandante militar (em se tratando de navios de guerra, aeronaves ou acampamentos militares).

Assim como o asilo territorial, esta modalidade também é restrita a pessoas perseguidas por motivos ou delitos políticos, e só poderá ser concedido em casos urgentes, pelo tempo estritamente necessário para que o asilado deixe o país em que se encontra com as garantias concedidas pelo governo do Estado territorial de resguardar sua vida, liberdade e integridade pessoal. O asilado pode não se retirar do país se, de alguma outra forma, tiver como ser posto em segurança.

A convenção em tela assegurou a possibilidade de todos os Estados signatários concederem asilo diplomático, mas resguardou-lhes, também, o direito de não concedê-lo, sem que sequer tenham que declarar os motivos da negativa. Também concedeu ao Estado asilante a prerrogativa de classificar a natureza do delito ou dos motivos da perseguição, bem como analisar se a situação posta se trata de caso de urgência²¹⁸.

A qualquer tempo o governo do Estado territorial pode exigir que o asilado seja retirado de seu território, desde que o conceda salvo-conduto e as garantias de resguardar-lhe a vida, liberdade e integridade pessoal. Da mesma forma, o Estado asilante pode pedir a saída do asilado para território estrangeiro, sendo o Estado territorial obrigado a conceder, de imediato (salvo casos de força maior), salvo-conduto e as mesmas garantias acima referidas.

Os asilados em trânsito para saída do país não poderão ser desembarcados em nenhum ponto do Estado territorial, nem em locais próximos, exceto por necessidade de transporte.

Uma vez que o asilado esteja fora do país onde fora perseguido, o Estado asilante não é obrigado a conceder-lhe permanência no seu território. No entanto, não poderá

²¹⁸ A Convenção apresenta, de forma exemplificativa, o que se entende por urgência, como os casos “*em que o indivíduo é perseguido por pessoas ou multidões que não possam ser contidas pelas autoridades, ou pelas próprias autoridades, bem como quando se encontre em perigo de ser privado de sua vida ou de sua liberdade por motivos de perseguição política e não possa, sem risco, pôr-se de outro modo em segurança*” (art. VI).

mandá-lo de volta ao seu país de origem, a não ser que o asilado declare expressamente essa vontade.

Embora o asilo diplomático só esteja regulamentado na América Latina, ele não está sujeito à reciprocidade, de tal forma que qualquer pessoa, independente de sua nacionalidade, pode se beneficiar desta proteção. Ressalte-se, por oportuno, que já está pacificado que não poderá ser concedido asilo diplomático na sede da ONU²¹⁹.

Há registros de concessão de asilo diplomático na Europa durante o séc. XVIII e início do séc. XIX²²⁰, e alguns casos isolados em outras partes do mundo na contemporaneidade. Contudo, a falta de regulamentação deste instituto para além da América Latina reduz drasticamente sua eficácia. Podemos citar, por exemplo, dois casos de cardeais católicos que buscaram abrigo em missões diplomáticas dos Estados Unidos – um em Budapeste e o outro em Varsóvia – durante a ocupação armada da União Soviética na Hungria e na Polônia no curso da Guerra Fria, em que os religiosos viveram quase que como prisioneiros por vários anos no local de abrigo, diante da recusa de concessão de salvo-conduto pelas autoridades locais²²¹.

Portanto, se faz necessário que outras regiões do globo discutam o assunto – cientes de que, diante de suas particularidades, este deve ser concedido de forma discreta e ponderada²²² – para preencherem esta lacuna que se alastra até hoje, ampliando e dando maior eficácia à proteção de perseguidos políticos, tendo em vista que, em muitas ocasiões, não é fácil transpor as fronteiras geográficas do país que o persegue sem ser apanhado pelas autoridades locais.

Entretanto, especialmente no tocante ao Continente europeu, a rediscussão do assunto precisaria concluir por formas de prevenção e combate aos abusos na concessão de asilo diplomático, tendo em vista que este é tido como principal motivo para o abandono

²¹⁹ Este entendimento foi estabelecido no acordo firmado entre os Estados Unidos e a ONU relativo à sede da organização, em 1947. *Vide* <http://avalon.law.yale.edu/20th_century/decad036.asp>. Acesso em 19 maio 2015.

²²⁰ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo; ARBUET VIGNALI, Heber; PUCEIRO RIPOLL, Roberto. *Derecho Internacional Público*. V. IV, 2. ed. Montevideu: Fundación de Cultura Universitaria, 1996, p. 176

²²¹ SOARES, Guido Fernando Silva. Os Direitos Humanos... *in Revista da Faculdade... op. cit.*, p. 442.

²²² BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional...op. cit.*, p. 366.

desta prática na Europa²²³. Isto porque, dado o caráter discricionário do asilo, é possível que, de alguma forma, sua concessão seja interpretada como uma demonstração de simpatia pela pessoa perseguida ou pela causa defendida por ela, de tal forma que, se concedido de forma abusiva, poderá distorcer sua finalidade e transformá-lo em instrumento de intervenção política de um Estado nos negócios internos de outro²²⁴.

3.2.2 *Direito dos Refugiados*

Uma consequência comum das guerras é o estado de extrema penúria em que parte das pessoas se vê, entre deportados, perseguidos e desabrigados, à mercê da fome e de doenças, algumas repentinamente apátridas ou com grandes mudanças em sua nacionalidade, em decorrência da anexação e/ou desmembramento de territórios²²⁵. Tais situações sempre ocorreram, mas só atraiu a atenção dos Estados após as proporções catastróficas alcançadas pela Primeira Guerra Mundial. A proteção dos refugiados é, portanto, algo relativamente recente no Direito Internacional.

Verificada a existência de uma lacuna, pois nem as normas da Cruz Vermelha²²⁶, nem as do Direito de Haia²²⁷ contemplavam as situações acima descritas, a Sociedade das Nações²²⁸ foi encarregada de disciplinar e tentar resolver o problema que assolava a

²²³ ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. *Question of Diplomatic Asylum: Report of the Secretary-General*, 22 de setembro de 1975, A/10139 (Parte II). Disponível em: <<http://unhcr.org/3ae68bf10.html>>. Acesso em 02 jun. 2015.

²²⁴ DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Asilo Diplomático e Refúgio: Especificidades, Semelhanças e um Breve Estudo de Casos, in *Direito Internacional: XXIII Encontro Nacional do Conpedi*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2014, pp. 156-179.

²²⁵ SOARES, Guido Fernando Silva. Os Direitos Humanos... in *Revista da Faculdade...* op. cit., p. 445.

²²⁶ O termo se refere genericamente ao Movimento Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, maior expoente do Direito Humanitário, organizado sob a forma de um movimento internacional neutro e imparcial - sem vínculo político com nenhum Estado -, que visa proteger e resguardar a vida e a saúde humana, bem como prevenir e aliviar sofrimento das pessoas, de forma indiscriminada. Para maior aprofundamento, vide: DEYRA, Michel. *Direito Internacional Humanitário*. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 2001.

²²⁷ O Direito de Haia se refere ao conjunto de instrumentos normativos internacionais que disciplinam os meios e métodos de combate, a proteção das pessoas neutras e a proporcionalidade em conflitos armados. Como veremos mais adiante, em 1977, com o I Protocolo adicional às convenções de Genebra, quase todos os dispositivos deste seara do Direito foi incorporado pelo então chamado Direito de Genebra, relacionado à proteção das vítimas, de tal forma que ambas as vertentes passaram a ser objeto do Direito Internacional Humanitário, que será estudado no próximo tópico.

²²⁸ A Sociedade das Nações (ou Liga das Nações) foi uma organização internacional estabelecida pelo Tratado de Versalhes (Parte I), assinado em 28 de junho de 1919, para desempenhar a função de assegurar a paz. Diante do fracasso em atingir este objetivo, explicitado pela ocorrência da Segunda Guerra Mundial, a organização foi dissolvida, reunindo-se pela última vez em 18 de abril de 1946, quando transferiu suas atribuições à ONU, recém-criada.

Europa. Deu-se início a uma sucessão de tentativas²²⁹ que surtiram efeitos consideráveis, mas somente após o quadro ainda mais drástico decorrente da Segunda Guerra Mundial é que, em 1950, a Assembleia Geral da ONU instituiu o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR)²³⁰ para proteger as vítimas de perseguição, violência e intolerância e buscar soluções duradouras para que possam reconstruir suas vidas em um ambiente normal.

O primeiro grande passo histórico do ACNUR seria dado no ano seguinte, ao influenciar decisivamente para que uma convenção diplomática multilateral em Genebra se tornasse a famosa Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, principal instrumento normativo internacional para a proteção desta categoria de pessoas até os dias atuais.

Referida convenção definiu o conceito de refugiado e arrolou os direitos subjetivos mínimos que cada Estado signatário teria o dever de respeitar e assegurar. Instituiu, também, a obrigatoriedade de transposição das normas protetivas, por cada Estado, para os ordenamentos jurídicos internos, permitindo que cada um deles desenvolvesse suas normas internas, desde que de forma extensiva, sendo inadmissível restringir os padrões mínimos trazidos pela na convenção.

Desde então, o ACNUR passou a centralizar, no seio da ONU, todas as tarefas referentes à implementação e aplicação eficaz das normas internacionais específicas, sanando um dos grandes problemas enfrentados pela Sociedade das Nações que era a multiplicidade de convenções específicas, versando sobre cada assunto e sempre em âmbito regional, cuja aplicação era descentralizada.

Considerando que a convenção acima era restrita às pessoas que se tornaram refugiados em decorrência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951, centrados na Europa, e que, posteriormente, surgiram novas categorias de refugiados,

²²⁹ Elucidativamente, podemos citar os Ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, as Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938, o Protocolo de 14 de setembro de 1939 e da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados.

²³⁰ O ACNUR foi a instituição resultante dos esforços empregados pelos Estados integrantes do chamado Bloco Ocidental, na constituição de uma organização especializada das Nações Unidas para estes fins, esforços estes que fracassaram pela oposição do Bloco Socialista, para cujos países a questão dos refugiados era uma daquelas que se inseriam no denominado «domínio reservado dos Estados», numa retórica própria do auge da Guerra Fria, cf. SOARES, Guido Fernando Silva. Os Direitos Humanos... *in Revista da Faculdade... op. cit.*, p. 446.

houve a necessidade de ampliar a abrangência desta, para que refugiados recém-surgidos e espalhados pelo globo²³¹ pudessem ser abrangidos por ela.

Por conseguinte, os Estados-Partes da Convenção de 1951 se reuniram na sede da ONU em Nova Iorque, no dia 31 de janeiro de 1967, e assinaram o Protocolo Adicional Relativo ao Estatuto dos Refugiados²³², ampliando a abrangência temporal e espacial do Estatuto.

Desde então, refugiado é todo aquele que se encontra fora do seu país de nacionalidade e não pode ou não quer valer-se da proteção deste por temer perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, bem como os apátridas que se encontrem fora do país no qual tinham sua residência habitual e que não podem ou, devido a referido temor, não querem voltar a ele²³³.

Segundo o entendimento do Secretariado das Nações Unidas (Departamento Social), apátrida não seria apenas a pessoa que não possui vínculo de nacionalidade com nenhum Estado, mas também aquele que, embora não tenha sido privado de sua nacionalidade, já não pode contar com a proteção e assistência das autoridades nacionais de seu país²³⁴. Podemos dizer, então, que os refugiados aproximam-se, materialmente, dos apátridas, ainda que formalmente preservem uma nacionalidade, pois não mais podem contar com a proteção de sua nação, nem encontram nela um lugar de acolhimento no mundo e se vão em busca da possibilidade de manutenção da vida em condições humanas e dignas, livre de violências e ameaças.

Em 2013, a ONU contabilizou 51,2 milhões de refugiados ao redor do mundo, ultrapassando, pela primeira vez, a marca de 50 milhões desde a Segunda Guerra

²³¹ Exemplificativamente podemos citar os movimentos migratórios internos após o desfazimento do Bloco Socialista, migrações de países centro-americanos em direção ao México e as guerras civis intermitentes, com os constantes massacres de inteiras etnias no Continente africano.

²³² Convocado pela Resolução 1186 (XLI) de 18 de novembro de 1966 do Conselho Econômico e Social (ECOSOC) e pela Resolução 2198 (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966. Na mesma Resolução, o Assembleia Geral pediu ao Secretário-geral que transmitisse o texto do Protocolo aos Estados mencionados no artigo 5, para que pudessem aderir a ele. Assinado em Nova Iorque em 31 de janeiro de 1967.

²³³ Artigo 1, §1, alínea 'c' da Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados c/c artigo 1, §1 do Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados.

²³⁴ Neste sentido, ver também: WEIS, Paul. *Nationality and Statelessness in International Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1979, pp 161-169 e GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane. *The Refugee in International Law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp 201-209.

Mundial²³⁵. A alta alarmante nos números é atribuída, principalmente, aos conflitos na Síria, no Sudão do Sul e na República Centro-Africana.

Diferentemente do que ocorre na concessão de asilo, os Estados signatários da Convenção de Genebra e do Protocolo de Nova Iorque não possuem discricionariedade na concessão do refúgio. Se constatarem as condições objetivas para concessão de refúgio, o país tem o dever de concedê-lo. E, levando em consideração que o controle da aplicação das normas sobre refúgio é feito por órgãos internacionais, os Estados podem ser responsabilizados por inadimplência de seus deveres, no regime de violação de normas específicas, sob o controle de órgãos internacionais multilaterais²³⁶.

Por disposição expressa o Estatuto, não se concede refúgio àqueles sobre os quais recaem sérias suspeitas do cometimento de crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, ou um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados, ou que tenham praticado atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas²³⁷.

Em Portugal o refúgio é tratado no mesmo diploma que o asilo, qual seja, a Lei 15/98, de 26 de março, que estabelece o regime jurídico-legal para ambos os institutos. Inclusive, referida norma prevê, dentre os casos de concessão de asilo, os perseguidos em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou integração em certo grupo social (art. 1.º/2), que são justamente as causas elencadas pela Convenção de Genebra para a concessão de refúgio, o que aproxima o regime dos dois institutos no ordenamento jurídico português.

O Brasil, além de transpor as normas da Convenção e do Protocolo para o direito interno, editou a Lei Federal n.º 9.474/97, que criou o Comitê Nacional para Refugiados – Conare (órgão de deliberação coletiva vinculado ao Ministério da Justiça) e define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados e ampliou a definição de

²³⁵ FOULKES, Imogen. Global refugee figures highest since WW2, UN says. in BBC News. Genebra, 20 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-27921938>> Acesso 23 maio 2015.

²³⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. Os Direitos Humanos... in *Revista da Faculdade...* op. cit., p.451.

²³⁷ Artigo 1/§6. – “As disposições desta Convenção não serão aplicáveis às pessoas a respeito das quais houver razões sérias para pensar que:

a) Elas cometeram um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade, no sentido dos instrumentos internacionais elaborados para prever tais crimes.

b) Elas cometeram um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados.

c) Elas se tornaram culpadas de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.”

refugiado para os indivíduos que buscam refúgio em outro país em virtude de grave e generalizada violação de direitos humanos. Esta ampliação se deu para compatibilizar o instituto da convenção de 1951 com os princípios da Declaração de Cartagena de 1984, com o fim de tornar as normas da ONU apropriadas para a realidade da América Latina.

Além disso, a legislação brasileira determina que o reconhecimento da condição de refugiado obste o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio (art. 33), bem como que a solicitação de refúgio suspenda, até decisão definitiva, qualquer processo de extradição pendente baseado em fatos dessa natureza (art. 34). A legislação portuguesa possui disposições semelhantes com relação ao asilo (Art. 5.º, Lei 15/98), sendo desnecessário legislar nesse sentido especificamente para o refúgio, tendo em vista que as motivações contidas no Estatuto dos Refugiados são também aceitas para a concessão de asilo em Portugal, conforme explanado acima.

Cumprido esclarecer que os institutos do asilo e do refúgio, embora compartilhem pontos em comum, não se confundem, ao passo que cada qual mantém algumas particularidades essenciais que os diferenciam. No Brasil tais diferenças são mais marcantes, enquanto em Portugal a linha divisora entre eles é mais sutil.

Isto decorre das convenções internacionais regionais sobre o assunto, que os caracterizam de forma diversa. Por exemplo, enquanto o Brasil adota a sistemática latino-americana, tratando como asilados apenas os que sofrem perseguições políticas ou ideológicas, a legislação portuguesa prevê a concessão de asilo também aos perseguidos em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou integração em certo grupo social, motivações que, na legislação brasileira, estão previstas apenas como acolhimento na condição de refugiado.

Essa diversidade no tratamento dos institutos no âmbito dos países em questão fica ainda mais clara ao constatar que um único diploma português (Lei n.º 15/98 de 26 de março) regula o regime jurídico-legal em matéria de asilo e de refugiados, que é o mesmo para ambos, enquanto no Brasil, há uma lei federal exclusiva para regular o regime dos refugiados (Lei n.º 9.474/97, de 22 de julho), sendo o regime do asilado disciplinado pelas convenções latino-americanas e alguns dispositivos do Estatuto do Estrangeiro.

A despeito das questões jurídico-normativas, há peculiaridades na natureza e aplicação prática dos institutos que são fundamentais, como a falta de discricionariedade dos Estados signatários na concessão do refúgio, a possibilidade de responsabilização por inadimplência de seus deveres, no regime de violação de normas específicas, sob controle de órgãos internacionais multilaterais, o fato de alguns deveres impostos aos Estados-Partes da Convenção de Genebra, tais como a concessão de documentos de identidade e de viagem, são restritas aos refugiados (a não ser que sejam signatários de outras convenções ou seu próprio ordenamento jurídico interno amplie tais obrigações para abarcar também os asilados). Ademais, em se tratando de cometimento de delito, a análise de sua natureza, para distingui-lo entre crime comum e crime político, fato essencial para a concessão de asilo, é irrelevante para o Estatuto dos Refugiados, que se foca na natureza da perseguição (e esta não se restringe à política), independente de eventuais delitos cometidos (com as ressalvas do art. 1, §6 do Estatuto, apresentadas acima).

3.2.3 *Direito Humanitário*

O Direito Internacional Humanitário (DIH), também conhecido como «Direito de Guerra» e «Direito dos Conflitos Armados», surgiu como um conjunto de normas que buscam proteger o ser humano em tempos de guerra, mitigando as consequências dos conflitos armados ao resguardar as pessoas que não participam ou deixaram de participar dos confrontos – como os feridos, doentes e os que naufragaram ou foram feitos prisioneiros de guerra – e restringir os meios e métodos²³⁸ de combate²³⁹.

Composto por tratados e convenções internacionais, bem como pelos princípios gerais e costumes que os Estados aceitam como obrigações legais, o DIH tem origens em códigos e regras de diversas culturas e religiões espalhadas por todo o mundo, tendo iniciado seu desenvolvimento moderno no final do séc. XIX, com a realização da primeira convenção de Genebra. Atualmente, o maior expoente do Direito Humanitário é o

²³⁸ Segundo o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, são proibidos pelo Direito Humanitário todos os meios e métodos de combate que não diferenciem as pessoas que participam nas hostilidades das pessoas que não participam (como os civis), que causem ferimentos supérfluos ou sofrimentos desnecessários (balas explosivas e armas a laser que provocam cegueira, por exemplo) e que causem danos graves ou duradouros ao meio ambiente (como as armas químicas e biológicas).

²³⁹ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. *What is international humanitarian law?* 31 out. 2002. Disponível em <<https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/5kzf5n.htm>>. Acesso em 28 mar. 2015.

Movimento Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho²⁴⁰, encabeçado pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV).

A parte central do Direito Humanitário está disciplinada pelas quatro convenções de Genebra, realizadas entre 1864 e 1949, destinadas a elaborar as normas para a proteção das vítimas da guerra. Na última convenção foi revisado o teor das três anteriores, e os quatro textos atualizados entraram em vigor na ordem internacional em 21 de outubro de 1950, tendo sido aceitos por quase todas as nações do mundo.

A primeira delas, de 1864, trouxe regras com o fito de melhorar a situação dos feridos e doentes das forças armadas em campanha, criando a proteção sobre os hospitais e ambulâncias, marcados pelo símbolo da cruz vermelha com o fundo branco, contra qualquer ato hostil. A segunda, em 1906, se dispôs a melhorar a situação dos feridos, doentes e náufragos das forças armadas no mar, estendendo as obrigações da Convenção de 1864 para as forças navais. A terceira, escrita em 1929, é relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra. Por fim, a última versa sobre proteção de civis em tempo de guerra. A elas se somam três protocolos adicionais (dois de 1977 e um de 2005), desenvolvidos para complementar as disposições das convenções.

Os Protocolos I e II, de 1977, foram adotados pela Conferência Diplomática sobre a reafirmação e desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável a conflitos armados. Referem-se, respectivamente, à proteção das vítimas de conflitos armados internacionais e das vítimas durante conflitos armados não-internacionais (guerras civis). Estes dois protocolos surgiram em decorrência dos conflitos internacionais regionalizados, que se tornaram frequentes após a Segunda Grande Guerra, para abranger fenômenos inexistentes nas guerras clássicas e que, por vezes, causavam efeitos mais devastadores à população que as próprias guerras tradicionais, a exemplo da Guerra Civil da Espanha²⁴¹.

²⁴⁰ O Movimento Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, composto na esfera internacional por dois órgãos: o Comitê Internacional da Cruz Vermelha e a Federação Internacional das Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho (FISNCV). No âmbito nacional de cada Estado há uma Sociedade Nacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, cujas ações são coordenadas pela FISNCV.

²⁴¹ SOARES, Guido Fernando Silva. Os Direitos Humanos... *in Revista da Faculdade... op. cit.*, p. 454.

O Protocolo III, de 2005, versa sobre a utilização do cristal vermelho²⁴², terceiro emblema de assistência a vítimas de conflitos armados.

Além das convenções de Genebra e dos protocolos adicionais, há outros textos espaçados que tratam de assuntos específicos, como a proibição de certos tipos de armas ou táticas de guerra²⁴³. Na verdade, há duas vertentes distintas sobre o direito bélico: o chamado «Direito de Haia», que disciplina os meios e métodos de combate, e o «Direito de Genebra», relacionado à proteção das vítimas. Contudo, considerando que o Protocolo I de 1977 incorporou quase todas as disposições das Convenções de Haia, através de adaptações e modernização²⁴⁴, não há prejuízos na abordagem conjunta de ambos.

Vale ressaltar que algumas das regras dos protocolos adicionais de 1977, em atendimento a um apelo do CICV²⁴⁵, foram reconhecidas como normas de direito consuetudinário, sendo válidas para todos os Estados, inclusive os que não ratificaram os Protocolos.

As pessoas que se encontrarem sob proteção humanitária não devem ser atacadas, nem sofrer maus-tratos ou tratamentos degradantes. Aqueles que estiverem doentes ou feridos deverão ser recolhidos para tratamento. Esta vedação de ataque também alcança alguns prédios e veículos, tais como hospitais e ambulâncias, os quais devem estar marcados por emblemas e sinais facilmente identificados (como a cruz vermelha, o crescente vermelho e o cristal vermelho).

Via de regra, as normas do Direito Internacional Humanitário são cabíveis apenas aos conflitos armados, após terem sido iniciados, e são aplicadas de forma uniforme a todos os envolvidos, independente de quem tenha iniciado as hostilidades. Algumas regras,

²⁴² Diferentemente da cruz vermelha e do crescente vermelho, o cristal vermelho pode ser combinado com outro símbolo distintivo que tenha sido empregado efetivamente e que tenha sido objeto de comunicação aos outros Estados signatários das Convenções de Genebra e ao CICV, a exemplo da Estrela de Davi.

²⁴³ Elucidativamente, podemos citar as Convenções de Haia de 1899 e 1907, a Convenção de Haia de 1954 sobre a proteção do patrimônio cultural em tempos de guerra, a Convenção das Armas Bacteriológicas de 1972, a Convenção das Armas Convencionais de 1980, a Convenção das Armas Químicas de 1993.

²⁴⁴ PEYTRIGNET, Gérard. *Sistemas Internacionais de Proteção da Pessoa Humana: O Direito Internacional Humanitário*, in TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, PEYTRIGNET, Gérard e SANTIAGO, Jaime Ruiz de. *As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos Humanos- Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados*. Brasília, São José da Costa Rica, Co-Edição, Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996, p. 128.

²⁴⁵ *Vide* na íntegra: Appeal by the International Committee of the Red Cross on the 20th anniversary of the adoption of the Additional Protocols of 1977. Disponível em: <<https://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/57jnux.htm>> Acesso em 27 jun. 2015.

contudo, são aplicáveis em tempos de paz, como a obrigação de difusão²⁴⁶, a sinalização de bens protegidos e a criação de certas estruturas.

Dentre os grupos de pessoas protegidas, possuem maior relevo para o nosso estudo os prisioneiros de guerra em conflitos internacionais, por se tratarem, na maioria dos casos, de pessoas estrangeiras sob custódia de outro Estado. A III Convenção de Genebra (1929) criou normas específicas, cujas de maior relevo acerca do tratamento dessas pessoas dizem respeito à obrigação de tratá-los humanamente (art. 3.º); à proibição de mutilação, experiência médica ou científica (art. 13.º), tortura ou quaisquer outros atos de pressão física ou psicológica (art. 17.º); às condições de alojamento, obrigações de higiene (art. 19.º) e alimentação adequada (art. 26.º); ao respeito à religião dos prisioneiros (art. 34.º); à obrigação de fornecimento de documento de identidade aos prisioneiros que não o possuem (art. 18.º) e; às garantias jurídicas (art. 3.º).

Esta Convenção também permitiu ao CICV visitar, sem nenhuma restrição, todo e qualquer campo de prisioneiros de guerra, podendo, inclusive, dialogar com os prisioneiros sem a presença de testemunhas.

O art. 12.º da Convenção estabelece que os prisioneiros de guerra são de responsabilidade do Estado que os mantém cativos, não dos indivíduos ou corpos de tropas que os capturam, independentemente das responsabilidades individuais que possam existir, de tal forma que o Estado é responsável por todo o tratamento que lhes é aplicado. O mesmo artigo dispõe, ainda, que a transferência de prisioneiros para outra Nação só será possível se esta também for signatária da Convenção.

Os atos de violação praticados pelos países que ratificaram as Convenções de Genebra são passíveis de instauração de processo perante a Corte Internacional de Justiça (CIJ) ou o Tribunal Penal Internacional (TPI).

Como se vê, o Direito Humanitário exerce a atividade, tão hercúlea quanto essencial, de buscar estabelecer um equilíbrio paradoxal entre as necessidades militares e as questões humanitárias, de tal forma que o estrangeiro, ainda que feito prisioneiro em tempos de guerra, tem assegurado um tratamento condizente com a dignidade da pessoa

²⁴⁶ A difusão é uma obrigação convencional que determina que os Estados eduquem suas Forças Armadas e a população civil em geral, acerca das normas de Direito Humanitário para, assim, conferir-lhe maior efetividade e respeito.

humana. Por outro lado, estes direitos humanos são frequentemente desrespeitados pela falta de distinções evidentes entre situações de conflito e de guerra²⁴⁷.

3.3 Migração: desafios e perspectivas atuais

Migrante é o indivíduo que se desloca de seu local habitual de residência para outro país ou outra região de um mesmo país, motivado por razões de ordem econômica, social, política, demográfica ou até mesmo ambiental. Tais pessoas, em geral, partem em busca de melhores condições de trabalho e vida, mas uma minoria é motivada pelo anseio de viver uma nova experiência, imersa em uma cultura diferente.

Qualquer pessoa, ao se deslocar de seu país de origem para ingressar em outro, deve observar as regras e exigências acerca da entrada, permanência e saída deste Estado, pois, sendo constatada alguma irregularidade, poderá ser alvo de uma decisão de afastamento coercitivo, deportação ou instituto equivalente, a depender da legislação interna do país. Entretanto, o ingresso ou permanência irregular num país não pode ser fato justificador para a adoção de medidas abusivas por este Estado.

A análise da imigração é consideravelmente complexa e exige bastante prudência pra que se possa conhecer profundamente a realidade migratória sem utilizar-se do estereótipo mais conveniente nesta relação composta por, pelo menos, três atores: a sociedade de origem, a sociedade de destino e os próprios imigrantes²⁴⁸.

Atualmente o imigrante irregular é frequentemente taxado de forma pejorativa, dando-se ênfase aos problemas e perigos – nem sempre reais – que podem vir a representar para o país. Mas nem sempre foi assim.

No início da década de 1980, os países europeus em geral, assim como os Estados Unidos, adotavam políticas consideravelmente acolhedoras com relação aos imigrantes, especialmente os oriundos do bloco comunista, apresentando-se como espaços livres, em claro contraste ao rígido regime comunista.

²⁴⁷ SOARES, Guido Fernando Silva. Os Direitos Humanos... *in Revista da Faculdade... op. cit.*, pp. 454-455.

²⁴⁸ DE LUCAS, Javier. Inmigración y Globalización acerca de los Presupuestos de una Política de Inmigración, *in Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n. 1, Logroño: 2003. Disponível em <<http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero1/delucas.pdf>>. Acesso em 22 jun. 2015.

No início da década de 1990, porém, após o esfacelamento do bloco soviético, a queda do comunismo e a intensificação da globalização, a Europa passou a receber intenso fluxo migratório, especialmente na Espanha, Itália e Grécia, que passaram a exercer a função de sentinelas das fronteiras da União Europeia, que já não se mostrava mais tão acolhedora, e ditava orientações com o fito de dificultar o acesso e permanência no bloco de pessoas em situação documental irregular²⁴⁹.

A Espanha durante muito tempo havia se apresentado como um país de emigração, em decorrência das taxas de desemprego e de eventos como a guerra civil e a ditadura franquista, que impulsionavam os espanhóis a buscarem condições melhores em outros lugares do mundo, mas que, com a sua integração na UE, tornou-se uma das portas de entrada, tanto em razão da posição geográfica estratégica para os migrantes, quanto pelas novas oportunidades econômicas e empregos, principalmente no setor de construção civil.

O mesmo ocorreu com a Itália, que até então fora considerada receptiva e liberal em razão da permissividade de suas normas de entrada e permanência no país, dispensando a exigência de visto de dezenas de países – muitos africanos, inclusive – mas que se viu obrigada ao enrijecimento de sua política²⁵⁰ e de suas fronteiras para ser efetivamente integrada ao Espaço Schengen²⁵¹, conforme exigências dos demais integrantes, e adotou a exigência de visto, em especial de Estados africanos, como um dos pontos fortes de sua nova política migratória para esta finalidade, bem como criou centros de detenção administrativa para estrangeiros com situação documental irregular. O intenso fluxo migratório que fora, a princípio, apoiado pelo governo italiano e pela opinião pública,

²⁴⁹ GARCIA, Fernanda Di Flora. A Exceção é a Regra: os Centros de Detenção para Imigrantes na Itália, *in Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana*. Ano XXII, n. 43, jul/dez. Brasília, 2014 pp. 235-250, p. 236.

²⁵⁰ A exemplo desse enrijecimento, temos a lei Turco-Napolitano, que potencializou a luta contra a imigração clandestina, criando medidas bem mais severas de controle dos estrangeiros, dentre as quais podemos citar: a possibilidade das autoridades de segurança pública exigirem, quando acharem necessário e a qualquer momento, informações e comprovantes de renda proveniente de trabalho ou outra fonte legítima que seja considerada suficiente para sustentar a si e a família residente no mesmo local; a exigência da comunicação da mudança eventual de domicílio habitual ao chefe de polícia responsável no prazo de até 15 dias, sob o risco de severas punições; necessidade de que todo cidadão italiano que deseje receber ou abrigar um estrangeiro em sua residência informe por escrito à autoridade de segurança os dados do indivíduo que irá hospedar e os motivos de sua recepção em até no máximo 48 horas antes de seu ingresso na Itália; obrigatoriedade da apresentação, a qualquer momento, do passaporte ou outro documento de identificação e a detenção por até seis meses para aqueles que não apresentarem uma justificativa razoável por não estar portando estes documentos, entre outros, cf. GARCIA, Fernanda Di Flora. A Exceção é a Regra... *in Revista Interdisciplinar...op. cit.*, pp. 240-241.

²⁵¹ A Itália assinou o acordo em 1990, mas sua integração total ao sistema somente se efetivou em 1998, quando a política migratória italiana se tornou compatível com os pressupostos da União.

assumiu conotação completamente diversa após a enxurrada de imigrações provenientes da Albânia.

Recentemente, a UE estabeleceu regras para unificar as políticas migratórias dos Estados-membros. Aprovada em 2008 pelo Parlamento Europeu e recepcionada por todos os países da UE em 2010, a Diretiva 2008/115/CE²⁵², relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular – comumente chamada de Diretiva de Retorno –, implementou um sistema duplo de regresso, para que nacionais de Estados terceiros que se encontrem em situação de irregularidade documental deixem o espaço europeu²⁵³, em prazo determinado entre sete e trinta dias, que poderá ser alargado de acordo com algumas especificidades, tais como a duração da permanência, existência de filhos que frequentem a escola e a existência de outros membros da família²⁵⁴.

O artigo 6.º/4 da Diretiva de Retorno faculta ao Estado-membro deixar de emitir uma decisão de regresso, caso haja processo em curso de renovação de visto. A redação, contudo, é bastante temerária, tendo em vista que, de acordo com a discricionariedade de cada país em cada caso concreto, é possível que imigrantes sejam expulsos, ainda que com processo pendente de renovação de visto para sua estadia.

Vencido o prazo de partida voluntária sem que o cidadão em questão tenha se retirado do território europeu, poderá ser executada a segunda forma de regresso: decisão de afastamento, prevista no art. 8.º da Diretiva.

Muito embora referida diretiva tenha sido elaborada para harmonizar a regulamentação e unificar os procedimentos de regresso no espaço europeu, estes objetivos não parecem ser alcançados, uma vez que seu texto está permeado de reenvios à legislação

²⁵² Diretiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular. *Publicada no Jornal Oficial da União Europeia*, n.º L 348, de 24 dez. 2008, pp. 98-107.

²⁵³ Art. 6.º/1: “*Sem prejuízo das exceções previstas nos n.ºs 2 a 5, os Estados-Membros devem emitir uma decisão de regresso relativamente a qualquer nacional de país terceiro que se encontre em situação irregular no seu território.*”

Art. 8.º/3: “*Os Estados-Membros podem emitir uma ordem de afastamento por decisão ou acto administrativo ou judicial autónomo.*”

²⁵⁴ Art. 7.º/2: “*Sempre que necessário, os Estados-Membros estendem o prazo previsto para a partida voluntária por um período adequado, tendo em conta as especificidades do caso concreto, tais como a duração da permanência, a existência de filhos que frequentem a escola e a existência de outros membros da família e de laços sociais.*”

interna de cada país, o que confere extensa margem de discricionariedade aos Estados. Ao se limitar a traçar regras gerais, utilizar conceitos demasiadamente indeterminados e deixar lacunas para serem preenchidas pelas legislações nacionais, a intensidade normativa da diretiva em tela é mínima, de tal forma que se formalizou uma questão que estava pendente, sem unificar efetivamente as normas e procedimentos de regresso.

3.3.1. *A construção da imagem do inimigo e a guerra contra a imigração*

Espalhou-se pelo Continente europeu e demais países de imigração uma imagem criminalizada de todo aquele que tenha ingressado no bloco de forma irregular, ou tenha nele permanecido após o período em que sua estadia fora autorizada, mesmo em se tratando de uma irregularidade administrativa, e não de um crime propriamente dito. A simples troca do termo «irregular» para «ilegal» tem o condão de criminalizar e desumanizar seu destinatário²⁵⁵. Os meios de comunicação se utilizam demasiadamente desta substituição. Até mesmo o Conselho da UE e a Comissão fazem tal confusão em algumas²⁵⁶ de suas publicações e pronunciamentos oficiais.

Criminalizar a figura do imigrante irregular é um primeiro passo, que costuma vir seguido de sua transformação em inimigo público, através da vinculação desleal de sua imagem a fatos negativos, mesmo sem haver qualquer comprovação quanto a isto, para, por consequência, tornar todo aquele que não denuncia sua irregularidade, ou simplesmente ofereça alguma ajuda humanitária, cúmplice do inimigo público²⁵⁷. Ao fim de tudo, a expulsão destes inimigos criados do território do país, ainda que feita de forma massiva – prática expressamente proibida pelo Direito Internacional – não só será aceita como comemorada pelos cidadãos nacionais.

Retomando o exemplo italiano, no qual pode ser verificada de forma muito clara a construção deturpada da imagem do imigrante, de forma gradativa, podemos perceber

²⁵⁵ MIGRANT RIGHTS INTERNATIONAL. *Alcanzando la dignidad: Manual del Promotor de la Convención de los derechos de los Migrantes*, Novembro, 2002, pp. 3-4.

²⁵⁶ Para exemplificar esta “confusão”, podemos citar a Comissão Europeia, que publicou o «Livro Verde relativo a uma política comunitária de retorno dos residentes ilegais», em 10 de abril de 2002, bem como desenvolveu, em 2004, um estudo denominado «Estudo sobre os vínculos entre a migração legal e ilegal»

²⁵⁷ SANCHO, Ángel G. Chueca. Un Análisis de las Migraciones Internacionales a través de Cinco Mitos, *in Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 9, Julio. Valladolid: Lex Nova, 2005, pp. 45-63, p.59.

como a mídia exerce papel fundamental neste processo²⁵⁸. Primeiro os albaneses foram identificados como criminosos, ao estabelecer que a migração massiva destes nacionais no início dos anos 1990 estava diretamente relacionada ao aumento da criminalidade. Posteriormente a figura do inimigo é estendida para todos os outros imigrantes, provenientes do leste europeu, da Ásia, África e América Latina. Em alguns meses os «refugiados» de outrora eram referidos como «ilegais» e «clandestinos», tornando suas demandas por asilo ou refúgio arbitrariamente ilegítimas²⁵⁹.

Afirmar que o aumento no número de imigrações faz com que a cresça a criminalidade nesses locais é um dos mitos mais difundidos e arraigados nas sociedades europeias, com consequências extremamente danosas às pessoas que imigram e, muito embora este estereótipo traçado não nunca tenha tido muita relação com a realidade, tem desempenhado um grande papel no desenrolar das políticas e relações sociais²⁶⁰.

Notemos que essa estigmatização não é exclusiva dos imigrantes provenientes de Estados terceiros, mas também tem sido direcionada a outros países que compõem a UE, como ocorre com relação aos búlgaros e romenos. Tem se utilizado os mesmos discursos, as mesmas vinculações de imagem e estabelecido as mesmas relações de causa e consequência para difundir o medo e a repulsa na população local, especialmente, mas não exclusivamente, dos países mais ricos da UE.

Após o denominado «tsunami humano» começou-se a veicular de forma massiva esta visão negativa dos imigrantes, demasiadamente pautada em preconceitos racistas e xenofóbicos. A linguagem midiática despersonalizava os estrangeiros, que não tinham nomes e eram tratados tão somente por sua nacionalidade, etnia ou religião, como forma de fomentar a repulsa social acerca de determinados grupos²⁶¹. Em paralelo, amedronta-se a

²⁵⁸ TRIMARCHI, Michele. Ideologia, informazione e rent-seeking: la relazione principale-agente nel mercato elettorale e il ruolo dei partiti politici, in *Il Politico - Rivista italiana di scienze politiche*, Pavia, ano LVI, Fasc. 157, n.º. 1, jan/mar 1991, pp. 97-105, p. 98.

²⁵⁹ GARCIA, Fernanda Di Flora. A Exceção é a Regra... in *Revista Interdisciplinar...op. cit.*, p. 238.

²⁶⁰ WAGMAN, D. Criminalización de la inmigración y mercado laboral, in *4º Congreso sobre la Inmigración en España: Ciudadanía y participación - Mesa 11 (Espacios de integración y espacios de exclusión)*. Girona, Novembro de 2004. Disponível em: <http://www.udg.es/congres_immigracio/ESP/index.htm> Acesso em 12 abr. 2015.

²⁶¹ A título exemplificativo, podemos citar que um estudo conduzido pela Universidade de Roma *La Sapienza* constatou que no primeiro semestre de 2008, 99,54% das 5.684 notícias que foram ao ar na televisão sobre os imigrantes os relacionavam ao cometimento de crimes ou a problemas de segurança, apenas o irrisório número de 26 reportagens abordavam outros aspectos desses indivíduos. Esses números se tornam ainda mais alarmantes ao considerarmos que a televisão é a principal fonte de notícias de 80%

população, espalhando a ideia de que a presença dos imigrantes é uma ameaça à segurança, à economia, aos empregos e à ordem pública.

Também podemos verificar situação similar no Brasil, onde a esmagadora maioria das notícias referentes aos imigrantes provenientes da Bolívia refere-se tão somente às precárias condições de trabalho – análogas à escravidão –, ao passo em que a imigração de haitianos é taxada de «invasão», ressaltando-se o aumento exponencial no número destes migrantes em condições precárias e sugerindo um grande ônus ao Governo brasileiro, muito embora o número de imigrantes no país sequer tenha atingido a marca de 2% da população nacional, percentual consideravelmente baixo se compararmos com os mais de 20% que se observa, por exemplo, em várias localidades dos Estados Unidos²⁶².

Além de aterrorizar a população sugerindo que todos estes problemas estão atrelados tão somente à imigração, também se utiliza discursos nacionalistas, que ganham contornos essencialmente excludentes, sugerindo o direito superior do povo de ocupar seu território, de tal forma que os estrangeiros passam a ser, também, uma ameaça à cultura e à identidade nacional²⁶³.

Ressalte-se que não estamos sugerindo, em momento algum, que os povos não tenham direito a escrever sua história e preservar suas memórias, costumes, cultura etc. Este também é um direito humano, assegurado pelo princípio da autodeterminação dos povos.

No entanto, acreditamos que a afirmação nacionalista de um povo não precisa, necessariamente, rejeitar e excluir tudo aquilo que é diferente de si, como se fossem imutáveis e incapazes de agregar qualquer novo valor. Ademais, uma coisa é exaltar e celebrar os valores próprios – algo perfeitamente legítimo –, outra é utilizar-se desses valores como arma contra os estrangeiros, com o intuito de excluí-lo da participação social, tão somente por não possuir as mesmas raízes²⁶⁴. E é interessante perceber que este fenômeno também se observa entre regiões de um mesmo país, a exemplo do que ocorre na Espanha.

da população italiana. Cf. HUMAN RIGHTS WATCH. *Everyday intolerance. Racist and xenophobic violence in Italy*. Nova Iorque, 2011, p.10.

²⁶² MARGOLIS, Mac. Brasil, novo polo de imigração, *in Estadão*. 08 jan. 2012. Disponível em <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-novo-polo-de-imigracao-imp-,819891>>. Acesso em 12 ago. 2015.

²⁶³ SANCHO, Ángel G. Chueca. Un Análisis de las... *in Revista de Derecho...ob.cit.*, p. 50.

²⁶⁴ *Idem*, p. 51.

Essa diferenciação excludente coloca o estrangeiro na posição de um visitante, que até pode adentrar a nossa casa, desde que temporariamente e, se possível, apenas quando precisarmos dele e pelo justo tempo em que durar essa necessidade; terminado seu trabalho, deverá abandonar nossa terra e voltar ao seu país de origem²⁶⁵.

Dessa forma, o imigrante é limitado à sua diferença (o fato de ser estrangeiro), como um estigma que o impede de tomar parte na sociedade local, sendo aproveitada apenas a sua capacidade (científica ou econômica) e somente enquanto for útil ao mercado formal de trabalho²⁶⁶ e, depois de esgotada sua utilidade, prevalecerá novamente o impeditivo do estrangeirismo, podendo ser devolvido à sua nação originária.

Já em 1795, Kant ensinava que:

(...) hospitalidade significa aqui o **direito de um estrangeiro a não ser tratado com hostilidade em virtude da sua vinda ao território de outro**. Este pode rejeitar o estrangeiro, se isso puder ocorrer sem dano seu, mas **enquanto o estrangeiro se comportar amistosamente no seu lugar**, o outro não o deve confrontar com hostilidade. Não existe nenhum direito de hóspede sobre o qual se possa basear esta pretensão (para tal seria preciso um contrato especialmente generoso para dele fazer um hóspede por certo tempo), mas um **direito de visita, que assiste todos os homens para se apresentarem à sociedade**, em virtude do direito da propriedade comum da superfície da Terra, sobre a qual, enquanto superfície esférica, os homens não se podem estender até ao infinito, mas devem finalmente suportar-se uns aos outros, **pois originariamente ninguém tem mais direito do que outro a estar num determinado lugar da Terra.**²⁶⁷

(grifo nosso)

Essa política de medo e preconceito, depois de instaurada e devidamente difundida, tanto pode ter um viés eleitoreiro, através do qual o candidato político que se reveste de bandeiras nacionalistas e promete rigidez no tratamento dos imigrantes aparece como um super-herói, disposto a enfrentar os estrangeiros/inimigos da nação, como também justifica a adoção de medidas extraordinárias, previstas para situações de emergência e ameaça real à segurança nacional, e inadmissíveis no panorama jurídico comum, cuja adoção regular no dia-a-dia passa não apenas a ser aceita no pela opinião pública, mas também incentivada e comemorada.

²⁶⁵ SANCHO, Ángel G. Chueca. Un Análisis de las... in *Revista de Derecho...ob.cit.*, p. 52.

²⁶⁶ DE LUCAS, Javier. Inmigración y Globalización acerca de los Presupuestos de una Política de Inmigración, in *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n. 1, Logroño: 2003. Disponível em <<http://www.unirioja.es/dptos/dd/redu/numero1/delucas.pdf>>. Acesso em 22 jun. 2015, p. 47.

²⁶⁷ KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua: um projeto filosófico*. Tradução de Artur Morão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008, p. 20.

Não é à toa que, conforme se observa nas eleições do Parlamento Europeu de 2014, partidos ultraconservadores estão em ascensão em diversos países da Europa, com tendências nazifascistas ou ultranacionalistas, que defendem, entre outras bandeiras, o fortalecimento da identidade dos países, políticas mais radicais e rígidas contra os imigrantes e o combate à islamização²⁶⁸. Dentre eles podemos destacar o grego Alvorecer Dourado (tradução livre do autor), cujo líder possui uma tatuagem da suástica, o *Partij voor de Vrijheid* (Partido para Liberdade), dos Países Baixos, que deseja retirar todos os mulçumanos do país e, ainda, o Front National (Frente Nacional), da França, cujo fundador absurdamente sugeriu lançar o vírus Ebola sobre os migrantes, para resolver o problema em apenas três meses²⁶⁹.

A despeito dessa infusão negativa, sob a ótica dos Direitos Humanos, nenhuma pessoa pode ser considerada ilegal; apenas os atos que praticam podem ser taxados dessa forma, nunca o sujeito. Destacamos a brilhante reflexão de José Saramago sobre o tema:

A identidade de uma pessoa não é o nome que tem, o lugar onde nasceu, nem a data em que veio ao mundo. A identidade de uma pessoa consiste, simplesmente, em ser, e o ser não pode ser negado. (...) Nada, verdadeiramente, pode dizer quem és, mas todos temos direito de poder dizer quem somos para os outros. Para isso servem os papéis de identidade. Negar a alguém o direito de ser reconhecido socialmente é o mesmo que retirá-lo da sociedade humana. **Ter um papel para mostrar quando nos perguntarem quem somos é o menor dos direitos humanos** (porque a identidade social é um direito primário) **mas é também o mais importante** (porque as leis exigem que desse papel dependa a inserção do indivíduo na sociedade). (...) A lei abusará de seu poder sempre que se comporte como se a pessoa que está à sua frente não existisse. **Negar um documento é, de alguma forma, negar o direito à vida. Nenhum ser humano é humanamente ilegal**, e se, ainda assim, há muitos que de fato o são e legalmente deveriam sê-lo, esses são os que exploram, os que se servem de seus semelhantes para crescer em poder e riqueza. Para os outros, para as vítimas das perseguições políticas ou religiosas, para os a encurralados pela fome e a miséria, **para quem tudo foi negado, negar um papel que os identifique será a última das humilhações**. Já há humilhação demais no mundo, contra ela e a favor da dignidade, papéis para todos, que nenhum homem ou mulher seja excluído da comunidade humana.²⁷⁰

(grifo nosso)

²⁶⁸ CAMBAÚVA, Daniella. A nova cara do conservadorismo: com grupos neonazistas, a extrema-direita conquista espaço na Europa, in *Carta Maior*. 13. mar. 2014. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Internacional/A-nova-cara-do-conservadorismo-com-grupos-neonazistas-a-extrema-direita-conquista-espaco-na-Europa/6/30467>>. Acesso em 23 abr. 2015.

²⁶⁹ ELGOT, Jessica. European Elections: 9 Scariest Far-Right Parties Now In The European Parliament, in *The Huffington Post UK*. 26 maio 2014. Disponível em <http://www.huffingtonpost.co.uk/2014/05/26/far-right-europe-election_n_5391873.html>. Acesso em 12 fev. 2015.

²⁷⁰ Trechos da carta escrita por José Saramago, intitulada *Carta abierta a la solidaridad*, em apoio à campanha *Papeles para tod@s*, em prol do reconhecimento e respeito aos direitos das pessoas imigrantes e contra o racismo institucional, em 1998, na Espanha. Tradução livre do autor.

Embora nem o ingresso irregular em fronteira, nem a irregularidade superveniente de permanência constituam crime na maioria dos países, a taxação dos estrangeiros com documentação irregular de ilegais, aproximando-os de qualquer delinquente, parece ser ainda mais injusta com aqueles que simplesmente extrapolaram o prazo concedido para sua estadia. Principalmente se levarmos em consideração que, em muitos países, essa simples falta de papéis pode conduzi-lo a alguma forma de cárcere ou até mesmo submetê-lo a penas cruéis.

Mas após ser estabelecida no imaginário popular a figura do estrangeiro como inimigo do Estado, a sociedade aceita, sem maiores dificuldades, a adoção de qualquer medida contra estes seres despersonalizados, por mais duras e desumanas que sejam, pois acreditam que, contra a imigração “ilegal” vale tudo.

Essa ideia é uma consequência lógica da consolidação do pensamento de que a pessoa do imigrante irregular é ilegal, e não os atos por ela praticados. E para piorar, esquece-se que muitos desses “sem papéis” são pais e mães de família, crianças, pessoas que, como todas as outras, possuem direitos inerentes ao ser humano. Mas são taxadas de ilegais o que, implicitamente, os realoca em uma categoria de subumanidade, sendo enxergados, antes de tudo, como delinquentes natos, tão somente por terem cometido o “grande crime” de ter deixado seu país de origem, na maioria das vezes em decorrência das condições deploráveis em que viviam lá.

A própria UE parece aderir a essa ideologia ao decidir sobre os voos conjuntos, partindo de dois ou mais países, de expulsão de nacionais de Estados terceiros que tenham sido objeto de decisão de afastamento²⁷¹.

Contudo, esta ideia de guerra ilimitada contra a imigração irregular é bastante perigosa, na medida em que, de forma demasiadamente simplória, diferentes pessoas, sob as mais variadas causas e motivações, são postas em uma mesma situação. Trata-se de forma igual seres humanos que podem se encontrar em situações completamente distintas, de criminosos comuns fugindo da Justiça até pessoas que sofrem perseguições irracionais em seu país de origem, por motivos políticos, raciais ou religiosos. Aplicar um único

²⁷¹ Decisão do Conselho relativa à organização de voos comuns para o afastamento do território de dois ou mais Estados-Membros de nacionais de países terceiros que estejam sujeitos a decisões individuais de afastamento, de 29 de Abril de 2004 (2004/573/CE), publicada no *Diário Oficial da União Europeia*, L 261, 8 jun. 2004, p. 28.

parâmetro de repressão a toda e qualquer situação, cuja irregularidade documental é o único ponto em comum, vai de encontro aos princípios jurídicos de justiça e equidade²⁷².

Não obstante, tolerar a expulsão coletiva de estrangeiros, prática expressamente vedada pelo Direito Internacional, a privação ou mitigação de direitos fundamentais e até tratamentos desumanos de pessoas com irregularidade documental, como se houvessem cometido crimes hediondos, parece bastante desarrazoado.

O imigrante em situação irregular ainda tem direito a garantias e direitos básicos, reconhecidos internacionalmente e que devem ser asseguradas a todas as pessoas, indiscriminadamente, ainda que fossem criminosos (o que não são).

Colocamo-nos diante de um paradoxo, em que alguns direitos que são assegurados até em situações extremas, como em caso de guerra declarada, ao militar que tenha sido feito prisioneiro pelas tropas inimigas, mas que são reiteradamente negados a milhares de pessoas pelo mundo, pela falta de um papel que lhes identifique ou lhes autorize a estar em determinado lugar.

3.3.2. *Centros de detenção para imigrantes com documentação irregular*

A detenção para fins de afastamento, prevista em nível europeu no art. 15.º e seguintes da Diretiva de Retorno, fora concebida para ser aplicada de forma excepcional, como um último recurso necessário, nomeadamente quando houver risco de fuga ou o indivíduo em questão obste o procedimento de afastamento.

Entretanto, muitas vezes essa regra não é respeitada em razão da inexistência de convênio com o país de origem, o que leva o imigrante a ser detido, mesmo sem se enquadrar na situação para a qual o instituto fora idealizado. Ademais, há relatos de detenção indiscriminada de quaisquer imigrantes com irregularidades documentais, em países como Grécia e Itália.

A despeito do que dispõe a Diretiva, o instituto da detenção de imigrantes não parece ter sido criado como medida excepcional, levando em consideração a subjetividade dos termos utilizados, que deixa larga margem para que os Estados-membros a utilizem

²⁷² SANCHO, Ángel G. Chueca. Un Análisis de las... in *Revista de Derecho...ob.cit.*, p. 60.

para isolar e controlar todo estrangeiro que, por qualquer razão, julgue indesejável em seu território.

A detenção deve durar no máximo seis meses, podendo ser prorrogado por mais doze diante da falta de cooperação do cidadão em causa ou de atrasos na obtenção da documentação necessária junto ao seu país de origem. Em outras palavras, por alguma irregularidade documental, pessoas podem ser encarceradas, por prazo alargado por razões alheias às suas forças, por até um ano e meio.

Prazo de detenção tão extenso parece ser uma penalidade desproporcional a ser aplicada por uma falta documental e questões burocráticas, a não ser que, mais uma vez, todo imigrante irregular seja considerado um criminoso, bem como seus filhos menores que por ventura lhes acompanhem²⁷³.

Ademais, é interessante observar que, dois anos antes de aprovar a Diretiva de Retorno, o mesmo Parlamento, de forma contraditória, editou resolução requerendo às autoridades de Malta a redução do prazo máximo de detenção de imigrantes, que era justamente de dezoito meses, após a constatação da situação inaceitável dos centros de detenção da ilha, feita pela Comissão de Liberdades Civis, Justiça e Assuntos de Interior em visita ao país²⁷⁴.

Cumprе salientar que o panorama dos centros de detenção de Malta não é isolado, tendo sido constatadas situações similares em diversos outros países da UE. Diferentemente da imagem traçada e que pode ser idealizada pela leitura do texto da Diretiva de Retorno, que permite que os detidos contatem seus representantes legais, familiares e as autoridades consulares competentes, prevê a atribuição de atenção especial à situação das pessoas vulneráveis, prestando-lhes cuidados de saúde urgentes e o tratamento básico de doenças, que assegura que as famílias detidas fiquem alojadas em locais separados que garantam a devida privacidade e que os menores detidos tenham a possibilidade de participar de atividades de lazer (jogos e atividades recreativas próprias da sua idade) e tenham acesso ao ensino (em função da duração da permanência), que os

²⁷³ LEITE, Rodrigo de Almeida. Os paradoxos do tratamento da imigração ilegal na União Europeia frente à Diretiva de Retorno, *in Revista Espaço Acadêmico*, n.º 108, maio de 2010, pp. 61-70, p. 67.

²⁷⁴ MISSÉ, Andreu. La Eurocámara condenó en 2006 los 18 meses de detención para inmigrantes, *in El País*, Madrid, 02 jul. 2008. Disponível em <http://www.elpais.com/articulo/internacional/Eurocamara/condeno/2006/meses/detencion/inmigrantes/elpepuint/20080702elpepiint_4/Tes>. Acesso em 24 jun. 2015.

menores não acompanhados se beneficiem de alojamento em instituições dotadas de pessoal e instalações que tenham em conta as necessidades de pessoas da sua idade, a realidade é que muitos deles se parecem muito com presídios para criminosos normais.

Pelo menos esta foi a constatação do relatório apresentado ao Parlamento Europeu em 2008, que dá conta que o sistema é excessivamente restrito e tipicamente penitenciário, mantendo os detidos quase permanentemente em celas, em condições higiénicas deploráveis²⁷⁵. E a Diretiva de Retorno não estabelece nenhuma regra de protetiva suficiente para evitar que tais condições desumanas perdurem, em desrespeito a diversas disposições relativas às condições da detenção, previstas nos artigos 16.º e 17.º da Diretiva.

Mais recentemente, em fevereiro de 2015, a Grécia anunciou que daria início ao fechamento progressivo dos centros de detenção para imigrantes em situação irregular após constatar, em visitas realizadas, as condições desumanas em que os detidos estavam sendo mantidos. Após o suicídio de um jovem paquistanês em Amygdaleza, a decisão de libertação de 4 mil presos, dentre os quais 216 menores de idade desacompanhados, foi antecipada. Aos recém-liberados é concedido um visto de três meses, tempo considerado suficiente para que deixem o país.

Dentre as barbaridades relatadas por alguns dos 1650 detidos no centro de Amygdaleza, que possui capacidade para apenas 400 pessoas, estão grupos de 20 pessoas amontoadas em *containers*, dentro dos quais tiveram de suportar temperaturas que bateram os 50 graus durante o verão de 2013, fechados; a falta de assistência médica, falta de creme dental, alimentação restrita a arroz e batatas durante meses; celulares confiscados na entrada e que não eram devolvidos aos detidos após a libertação; frequentes tentativas de suicídio (ocorriam todas as semanas e, a cada novo episódio, todos eram punidos com a redução da quantidade de comida e de tempo no pátio e até agressões físicas)²⁷⁶.

Ademais, a ONG Médicos do Mundo ao avaliar o estado de saúde dos detentos constatou que a maioria deles padecia por problemas digestivos, dermatológicos e

²⁷⁵ JUNQUERA, Natalia. Un informe critica el "régimen de cárcel" para los 'sin papeles', in *El País*, Madrid, 07 mar. 2008. Disponível em <http://www.elpais.com/articulo/espana/informe/critica/regimen/carcel/papeles/elpepunac/20080307elpepinac_21/Tes>. Acesso em 21 jun. 2015.

²⁷⁶ SÁEZ, Aitor. Por qué y cómo va a eliminar Grecia sus "prisiones para inmigrantes", in *El Diario*, Madrid, 04 mar. 2015. Disponível em <http://www.eldiario.es/desalambre/Grecia-abre-puerta-inmigrantes_0_362914116.html> Acesso em 18 jun. 2015.

respiratórios, em decorrência das condições extremamente insalubres a que foram submetidos²⁷⁷.

Na Itália a situação também não é muito diferente, já tendo sido constatada, inclusive, detenções ilegais de pessoas que possuíam visto de permanência. Já foram relatadas a ocorrência, nos centros de detenção de imigrantes deste país, de confinamento imigrantes em situação irregular misturados com criminosos comuns, de mulheres grávidas e crianças juntas de homens e dos referidos criminosos, superlotação, exposição a temperaturas extremas, ausência de espaços internos e externos para recreação, acesso bastante limitado ao ar livre, sujeira, péssimas condições de higiene, ausência de produtos de higiene pessoal, vestimentas ou roupas de cama adequadas e limpas, problemas com a alimentação, abusos racistas, uso excessivo e abusivo de sedativos e de força bruta por agentes de segurança (inclusive com agressões físicas), inadequação de atendimento médico, falta de comunicação sobre os procedimentos legais para expulsão, atos de automutilação, tentativas de suicídio e até mortes²⁷⁸.

Também se relata com frequência decisões sobre pedidos de asilo, em diversos casos, tomadas tão somente levando em consideração a nacionalidade do peticionante, sem que seja feita uma análise individual do pedido, conforme dispõem as normas de direito internacional, culminando em expulsão coletiva, o que viola diretamente os dispositivos de proteção dos refugiados e solicitantes de asilo.

Após severas críticas internacionais, o parlamento italiano adotou algumas medidas para abrandar a situação dos imigrantes irregulares no país como, por exemplo, a redução do tempo máximo da detenção de imigrantes de dezoito para três meses, em 2014, e a descriminalização da entrada irregular no país, que permanece apenas como infração administrativa.

Na Espanha, há vários procedimentos investigatórios em curso para apurar uma grande quantidade de denúncias de violência física infligida por oficiais nos centros de detenção para imigrantes²⁷⁹.

²⁷⁷ SÁEZ, Aitor. Por qué y como... *in El Diario... op. cit.*

²⁷⁸ GARCIA, Fernanda Di Flora. A Exceção é a Regra... *in Revista Interdisciplinar...op. cit.*, pp. 243-244.

²⁷⁹ HUMAN RIGHTS WATCH. *World Report 2015: Our annual review of human rights around the globe*. Nova Iorque, 2015, p. 245.

Os Centros de Detenção de Imigrantes foram criados, a princípio, para encarcerar aqueles que tenham sido objeto de decisão de afastamento coercitivo ou expulsão, mas esta regra é desrespeitada reiteradamente. A aplicação da medida de detenção de forma automática e indiscriminada é absurda, tendo em vista que esta fora criada para ser um recurso final, exigindo-se uma justificativa mínima para se deter uma pessoa.

Ioanna Kotsioni, especialista grega em assuntos de imigração do Médicos Sem Fronteiras (MSF), afirmou que quando os refugiados da Síria – dentre os quais muitas mulheres e crianças extremamente vulneráveis – chegaram à Grécia, em 2012, não foram realizados gastos para criar instalações e acomodá-los, mas foram feitos altos investimentos para a construção de novos centros de detenção com capacidade de receber até 4.500 pessoas, o que, segundo ela, deixa muito claras as prioridades do governo grego²⁸⁰.

Os números coadunam com as declarações de Kotsioni, considerando que de 2008 a 2013, seguindo as diretrizes comunitárias para proteger as fronteiras, foram investidos 386 milhões de euros através da Comissão Europeia, além de fundos privados de países europeus, para financiar três quartos das medidas anti-imigração gregas. Destes, 130 milhões foram destinados às políticas de retorno – Frontex, centros de detenção e polícia – e apenas 56 milhões foram direcionados para programas de acolhimento, relacionados a refugiados e exilados²⁸¹.

3.3.3. *A atual política migratória na Europa*

No primeiro trimestre de 2015 o número de imigrações irregulares registrados na União Europeia já era o equivalente a quase o triplo do mesmo período do ano passado, e 2014 já havia quebrado todos os recordes nesse sentido, superando, inclusive, os índices alcançados durante a primavera árabe²⁸².

²⁸⁰ DICHTCHEKENIAN, Patrícia. Grécia prorroga detenção de imigrantes em condições precárias, diz Médicos Sem Fronteiras, *in Opera Mundi UOL*. São Paulo, 18 maio 2014. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/reportagens/35223/Grecia+prorroga+detencao+de+imigrantes+em+condicoes+precarias+diz+medicos+sem+fronteiras.shtml>> Acesso em 12 jun. 2015.

²⁸¹ SÁEZ, Aitor. Por qué y como... *in El Diario... op. cit.*

²⁸² PÉREZ, Claudi. Chegada de imigrantes ilegais à Europa triplica em 2015, *in El País*. Madri, 18 abr. 2015. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/04/18/internacional/1429312153_199778.html> Acesso em 24 jun. 2015.

Em paralelo, foram registrados diversos casos de naufrágios de embarcações precárias, que já vitimaram milhares de pessoas (em 2014 foram mais de 3200 mortos, só em naufrágios no mar mediterrâneo), cujo desejo de buscar condições de vida melhor são bem maiores que o medo da travessia arriscada.

Em abril de 2015, diante da notícia de mais um destes infortúnios, Paco Nadal, colunista do jornal espanhol *El País*, escreveu um texto intitulado (em tradução livre): “E se fossem 700 europeus mortos em um cruzeiro que afundou em Malta?”, comparando a diferença de valor que, ainda hoje, se atribui à vida humana, a depender de sua raça, nacionalidade e poder econômico. De forma tão apelativa quanto verdadeira, discorre o autor:

Mas, calma: o título é de mentira. Se fosse verdade (que morreram 700 europeus no naufrágio de um cruzeiro), correriam rios de tinta nos jornais durante semanas, seriam transmitidas horas e horas de informativos especiais em todas as televisões, haveria adendos à parte com pequenas biografias de todos os falecidos, o Parlamento Europeu adotaria medidas sobre o assunto e os governos nacionais também, seriam alteradas normas e se estabeleceriam leis para que isso não voltasse a ocorrer, seria revisada a legislação sobre cruzeiros e até se modificaria o Pai Nosso ou a receita da Coca-Cola se fosse necessário para que semelhante tragédia não se repetisse.²⁸³

Prosegue o jornalista:

Mas não eram europeus brancos, elegantes e bem alimentados como você ou eu. Eram negros e eram pobres. E o barco não era o luxuoso cruzeiro de férias como o da foto acima, mas um lixo flutuante sobrecarregado como a da foto abaixo. O resto da notícia é todo verdadeiro. Eram 700 vidas que buscavam um futuro em outro lugar do mundo, menos inóspito que o seu, desaparecidas em um suspiro porque o barco-sucata onde tinham sido colocadas pelas máfias assassinas de seres humanos virou quando todos foram para o mesmo lado quando surgiu no horizonte um pesqueiro português que ia em seu auxílio.²⁸⁴

As pessoas que se lançam ao mar em travessia precária e clandestina não ignoram os altíssimos riscos que correm. Simplesmente o desespero por encontrar um local onde as condições de vidas sejam, no mínimo, menos inóspitas que as de seu local de origem é maior que o medo de arriscarem a vida na tentativa. Esse grau de desespero parece não ser percebido pelas potências do bloco europeu.

²⁸³ NADAL, Paco. ¿Y si el titular fuera "700 turistas europeos, ahogados al volcar un crucero frente a Malta"?, in *El País*. 20 abr. 2015. Disponível em: <<http://blogs.elpais.com/paco-nadal/2015/04/700-turistas-europeos-ahogados-crucero-frente-malta.html>>. Acesso em 12 maio 2015. Tradução livre do autor.

²⁸⁴ *Idem, ibidem.*

Ainda assim, recentemente, após as autoridades marítimas italianas resgatarem, em colaboração com outros países europeus, cerca de 4500 imigrantes no canal da Sicília em 24 horas, o presidente regional da Lombardia escreveu uma carta destinada aos prefeitos do Norte do país, com ameaças de sanções econômicas para aqueles que acolhessem alguns desses imigrantes²⁸⁵.

Na mesma época, o Primeiro Ministro do Reino Unido propôs que a polícia britânica pudesse confiscar os salários recebidos por trabalhadores sem documentos oficiais, sob o eufemismo de tornar o Reino Unido um país menos atrativo para a imigração irregular, que, segundo ele, pode prejudicar o mercado interno e reduzir os salários dos cidadãos nacionais²⁸⁶.

Estes são apenas alguns dos muitos exemplos que deixam claro que a solução definitiva do problema migratório, abordado em sua raiz, não é uma prioridade para a UE. O próprio diretor-adjunto da Agência Europeia de Gestão das Fronteiras Externas (Frontex), Gil Arias, já declarou que, no bloco europeu, “*sobram críticas e boas intenções por parte dos Estados membros; falta vontade política e recursos.*”²⁸⁷

Em 2014, a União Europeia acolheu apenas 7.500 pessoas que pediam asilo, em colaboração com as Nações Unidas. Este número pode ser considerado inexpressivo se compararmos com os quase 60 mil absorvidos pelos Estados Unidos. O Executivo do bloco solicitou um modesto, e ainda irrisório, aumento de apenas 5.000 pessoas, mas não foi atendido²⁸⁸.

Enquanto isso, países em desenvolvimento, que possuem condições consideravelmente menores em comparação ao bloco europeu, continuam a absorver a

²⁸⁵ ORDAZ, Pablo. Na Itália, Liga Norte ameaça prefeitos que acolherem refugiados, *in El País*. 7 jun. 2015. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/07/internacional/1433687491_341636.html>. Acesso em 9 jun. 2015.

²⁸⁶ TUBELLA, Patrícia. Cameron propõe confiscar salários de imigrantes irregulares no Reino Unido, *in El País*. 21 maio 2015. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/21/internacional/1432210255_112957.html>. Acesso em 4 jun. 2015.

²⁸⁷ PÉREZ, Claudi. Chegada de Imigrantes... *in El País... op. cit.*

²⁸⁸ ABELLÁN, Lucia. Europa ativa plano para evitar naufrágios: “Não há mais desculpas”, *in El País*. 20 abr. 2015. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/04/20/internacional/1429534229_604187.html>. Acesso em 25 maio 2015.

maior parte dos pedidos de asilo em decorrência da crise humanitária que se instaurou na Síria²⁸⁹.

Percebe-se que a União insiste em tratar esta questão claramente humanitária dando uma resposta policial, como se fosse um simples problema socioeconômico e de segurança. Elucidativamente podemos citar as quinze pessoas que morreram em 2014, quando, ao tentarem alcançar Ceuta pelo mar, foram surpreendidas pela guarda espanhola que disparou contra ele balas de borracha e gás²⁹⁰.

Não se intenta deter os fluxos migratórios em suas origens, onde, com as devidas especificidades de tempo e lugar, quase sempre há um enorme lastro de misérias, perseguições, falta de perspectivas ou vilipêndio massivo de direitos fundamentais. Ao contrário, a política migratória europeia permanece sendo dirigida de forma instrumental e defensiva, intensificando-se a polícia das fronteiras e se adequando às necessidades do mercado de trabalho²⁹¹. Agarra-se à esperança que o regresso forçado daqueles com situação documental irregular tenha um efeito desmotivador para aqueles que pensam em imigrar de forma irregular²⁹², sem se aprofundar ou tentar combater as causas da imigração massiva.

Essa redução não ocorrerá. A decisão de migrar adotada por grande parte dos que se arriscam não é racional, mas sim um ato de desespero. Por isso, os fluxos migratórios para o Continente europeu irão continuar tão ou mais intensos, independente da rigidez das políticas não-receptivas adotadas, enquanto perdurarem as péssimas situações nos países de origem, como Síria, Somália, Etiópia, Eritreia e Iraque. Neste sentido, Giovanni Grevi, diretor do centro de estudos da Fundação para as Relações Internacionais e o Diálogo Exterior (FRIDE), afirmou que a simples detenção dos barcos de imigrantes no mediterrâneo não apenas é pouco eficaz no combate ao problema, como apresenta enormes custos humanitários²⁹³.

²⁸⁹ BONIS, Gabriel. A União Europeia tem virado as costas aos refugiados?, in *Politike – Política Internacional, Direitos Humanos e Economia*. 30 jan. 2015. Disponível em: <<http://politike.cartacapital.com.br/a-uniao-europeia-tem-virado-as-costas-aos-refugiados/>>. Acesso em 3 mar. 2015.

²⁹⁰ HUMAN RIGHTS WATCH. *World Report 2015... op. cit.*, p. 245.

²⁹¹ LEITE, Rodrigo de Almeida. Os paradoxos do tratamento...in *Revista Espaço Acadêmico... op. cit.*, p. 64.

²⁹² Cf. Item 1.5, Parecer do Comité Económico e Social sobre o «Livro Verde relativo a uma política comunitária em matéria de regresso dos residentes em situação ilegal» (COM(2002) 175 final), Publicado no Jornal Oficial nº C 061 de 14/03/2003 p. 0061 – 0066.

²⁹³ PÉREZ, Claudi. Chegada de imigrantes... in *El País... op. cit.*

Portanto, a melhor alternativa para a política migratória não é o fechamento de fronteiras, mas sim buscar meios de gerenciamento dos fluxos migratórios, levando em consideração os sistemas internacional e europeu de Direitos Humanos²⁹⁴.

No meio de toda essa discussão, há uma minoria de pensamentos mais sensatos e voltados à feição humana do problema, se sobrepondo às motivações econômicas, como o ministro do Interior espanhol, Jorge Fernández Díaz que, ao comentar a possibilidade de medidas de deslocamento de equipamentos marítimos e aéreos para as fronteiras incentivarem a imigração irregular, afirmou que “*o efeito chamada existe, mas, enquanto houver risco de tragédias, é preciso prover os meios adequados*”.²⁹⁵

Esta prática de restringir a imigração àqueles cuja capacidade laborativa interessam ao Estado acolhedor reduz o ser humano à condição de mercadoria, o que reforça o racismo social e institucional e pode, também, incrementar os ingressos clandestinos, pois as pessoas que têm a necessidade de migrar para um lugar onde terão alguma perspectiva de vida o farão de qualquer jeito: se não através dos trâmites legais, adotarão alguma via irregular.

Tendo isso em vista, no Parlamento Europeu já se discute a possibilidade de ampliação dos canais legais para adentrar no continente, pois isto poderá reduzir consideravelmente o número de pessoas que se lancem ao mar de forma desesperada em busca de uma nova vida na Europa, além de considerar que, em longo prazo, esses imigrantes poderão suprir a falta de trabalhadores pelos problemas demográficos do continente, embora ainda haja muita resistência em discutir esse assunto em razão da recente crise, cujos efeitos ainda estão sendo sentidos²⁹⁶.

Se argumentos de ordem humanitária não convencem, talvez sob o prisma econômico a UE enxergue que a imigração é necessária para o bloco. A ONU, o BIRD e a própria Comissão Europeia já afirmaram, de forma unânime, que a Europa passa por uma situação problemática devido à baixa taxa de natalidade e o conseqüente envelhecimento progressivo da população, que acarretam a falta de mão de obra²⁹⁷. Considerando que uma

²⁹⁴ LEITE, Rodrigo de Almeida. Os paradoxos do tratamento...in *Revista Espaço Acadêmico...* op. cit., p.69.

²⁹⁵ ABELLÁN, Lucia. Europa ativa plano... in *El País...* op. cit.

²⁹⁶ PÉREZ, Claudi. Chegada de imigrantes... in *El País...* op. cit.

²⁹⁷ GALDUF, Josep Ma. Jordan; MARURI, Isidro Antuñano. Migraciones y Política Social de la Unión Europea, in *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, n. 1, I. Valencia: 2001. Disponível em <http://www.gva.es/c_economia/web/rveh/pdfs/n1/observa1-1.pdf>. Acesso em 22 jun. 2015.

mudança cultural para que os cidadãos europeus se dispusessem a ter mais filhos e elevar a taxa de crescimento levaria um tempo demasiadamente extenso para que surtisse algum efeito, a imigração é única medida paliativa viável para combater a escassez de mão de obra em alguns campos como a construção civil e áreas de tecnologia²⁹⁸.

O assunto é muito controverso e requer muita seriedade em sua discussão, razão pela qual se faz extremamente necessário o diálogo interestatal com o intuito de se buscar soluções adequadas, pautadas nas normas internacionais e tratando-a, também, sob a ótica dos direitos humanos, não apenas como uma simples questão econômica.

A persistência de políticas públicas que reforçam as diferenças entre nacionais e estrangeiros, criando óbices para sua regularização formal, é extremamente criticada pela doutrina contemporânea, na medida em que dificultam a integração das pessoas, tornando-as, por consequência, vulneráveis a toda sorte de exploração, tais como a submissão a atravessadores ilegais, que cobram valores elevadíssimos para realizar o transporte internacional de pessoas, através de meios precários e arriscados. Dezenas de milhares de pessoas morrem todos os anos neste processo.

A postura insensível da UE diante desta problemática demonstra que o bloco parece não lembrar que, apenas algumas décadas atrás, milhares de seus conterrâneos deixaram o continente europeu e emigraram para a América, em busca de melhores condições de vida, longe da fome, guerras constantes e do estigma do nazi-fascismo que recaía sobre a Europa, e foram absorvidos pela sociedade dos países que os acolheram²⁹⁹, integrando a comunidade local como um novo membro, não apenas como uma mercadoria.

Contudo, se é apenas a linguagem econômica que se faz compreender, a UE precisa acordar para a necessidade do desenvolvimento de um trabalho pedagógico para conscientizar governos e sociedades europeias de que a imigração não só é vital para a sobrevivência do continente – diante do envelhecimento populacional e escassa fertilidade –, como também rentável, tendo em vista que já se demonstrou cientificamente que seus benefícios econômicos são maiores que seus custos³⁰⁰.

²⁹⁸ GALDUF, Josep Ma. Jordan; MARURI, Isidro Antuñano. Migraciones y Política... in *Revista Valenciana de Economía y Hacienda...* op. cit.

²⁹⁹ LEITE, Rodrigo de Almeida. Os paradoxos do tratamento...in *Revista Espaço Acadêmico...* op. cit., pp. 68-69.

³⁰⁰ EL PAÍS. *El Otro soy Yo*. 7 jan. 2015. Disponível em: <http://elpais.com/elpais/2015/01/06/opinion/1420573834_487528.html>. Acesso em 28 jun. 2015.

A guerra contra a imigração irregular com a adoção de medidas policiais não está surtindo o efeito desejado. Talvez a saída para reduzir os números de entradas clandestinas seja promover a imigração legal de forma ordenada e sem tantas complicações como existem hoje. As pessoas que se sujeitam a arriscar a vida numa travessia em barcos-sucatas não o fariam se houvesse chances reais de ingressar regularmente no continente através de outra via. E a União não estaria fazendo um favor em permiti-los; seria mais uma troca, um acordo mútuo no qual todas as partes sairiam ganhando.

CONCLUSÃO

Após intensa digressão nos liames que contornam tema tão delicado, atingimos o objetivo de demonstrar que, muito embora tenhamos alcançado um louvável patamar de proteção ao homem em termos normativos, a situação prática permanece delicada.

A despeito de tudo o que foi estudado, do grau de proteção e patamar alcançados pelos Direitos Humanos, a nacionalidade ainda está relacionada com diversos problemas na atualidade. Desde as civilizações antigas, as sociedades se apresentam estratificadas e as pessoas diferenciadas, classificadas por diversos motivos e, desde sempre, os estrangeiros têm sido discriminados e vistos com desconfiança. Afirma-se que alguns direitos, de tão essenciais, são inerentes a todo ser humano, mas parece que algumas pessoas são menos humanas que outras.

É difícil estabelecer qual seria este núcleo mínimo de direitos intangíveis, que deverão ser resguardados com relação a toda pessoa em qualquer lugar do mundo, em virtude das grandes diferenças socioculturais existentes, o que possibilita que um direito seja considerado essencial em um lugar e desprezado em outro.

Contudo, no estágio atual de integração internacional, em que as relações diplomáticas são, em sua maioria, pacíficas, e em consonância com o patamar normativo de proteção dos Direitos Humanos, não parece razoável que Estados mantenham em seus ordenamentos normas jurídicas e práticas internas voltadas à proteção do ser humano como prerrogativas apenas dos cidadãos nacionais, excluindo os estrangeiros de forma indistinta e desmotivada. O *status* de norma internacional alcançado pelos dispositivos de proteção à pessoa humana representa, portanto, um limitador essencial ao poder dos Estados de legislar sobre a condição dos estrangeiros.

Existem formas legítimas de discriminação entre nacionais e estrangeiros, como as restrições de participação política e de acesso ao mercado de trabalho, por exemplo. São distinções que possuem motivações razoáveis e não atentam contra a dignidade humana. Tal permissão, contudo, não autoriza práticas abusivas por parte das autoridades locais.

Nas fronteiras, a maioria das denúncias de impedimento arbitrário de entrada costuma ser justificada pela falta ou inadequação de documentos. Entretanto, segundo relatos dos próprios impedidos, nas salas de custódia nos aeroportos sempre predominam

alguns estereótipos, como negros, latinos, mulheres viajando desacompanhadas e jovens entre 20 e 35 anos. Não parece crível que apenas estes perfis de pessoas estejam viajando sem algum documento essencial. Talvez essa maior incidência seja por se exigir apenas destes grupos, além da documentação necessária, o preenchimento de requisitos complementares estabelecidos a critério das autoridades locais.

No que se refere à migração, a adoção de políticas de forte cunho discriminatório, fundada num medo tendente à paranoia de que o imigrante é uma ameaça para a segurança nacional, sugere uma vigilância severa dos estrangeiros e implica que as autoridades mantenham-se sempre alertas com relação aos imigrantes e que estes se sintam sempre observados, monitorados e tenham a sensação de que sua presença, embora tolerada, não é desejada.

No extremo dessa política encontram-se os centros de detenção administrativa, que mantêm cativos, por longos períodos – e muitas vezes em condições precárias, análogas a presídios comuns –, homens, mulheres e até crianças, de forma indiscriminada e independente da prática de qualquer ato delituoso, sem sequer distinguir entre imigrantes com documentação irregular, solicitantes de asilo e refugiados. Tais ações se assemelham bastante à prática nazista de custódia preventiva, a qual deixou uma profunda e obscura marca na história da humanidade.

O fato da adoção de medidas extremamente rígidas ser, não apenas tolerada, mas apoiada e incentivada pela sociedade, demonstra que os extensos danos passados não foram suficientes para que as pessoas percebam o quão prejudicial é a manutenção de ideologias segregacionistas, pautadas na superioridade de determinados grupos étnicos em detrimento de outros. Sob a alegação de ameaça à segurança do Estado – que funciona como uma carta coringa para justificar a adoção de qualquer medida abusiva – é possível selecionar grupos indesejáveis, com base em sua raça, origem ou religião, independente de sua situação ou comportamento, e isolá-los.

São práticas que, no passado, permitiram que categorias inteiras de pessoas fossem privadas de direitos essenciais e reduzidas, gradativamente, a um patamar de sub-humanidade, até chegar ao extremo de que atos violentos contra elas não fossem mais sequer considerados crimes pelo respectivo ordenamento jurídico. Tais condutas e ideologias nazifascistas, racistas e xenófobas, por mais que estejam se tornando comuns,

não podem ser vistas com naturalidade. E o fato destas práticas não serem alvos constantes de críticas pela imprensa internacional é, no mínimo, preocupante.

A política migratória europeia ainda é dirigida de forma instrumental e defensiva, focada no patrulhamento das fronteiras e se submetendo às necessidades do mercado de trabalho. Contudo, em vez do fechamento de fronteiras, que não parece surtir os efeitos desejados na diminuição do volume de migrações, uma melhor alternativa seria buscar meios de gerenciamento dos fluxos migratórios, levando em consideração não apenas os aspectos econômicos, mas também os sistemas internacional e europeu de direitos humanos.

A reiterada prática de restringir a imigração àqueles cuja capacidade laborativa é interessante para o Estado acolhedor reduz o homem à condição de mercadoria e reforça o racismo social e institucional, além de, possivelmente, catalisar os ingressos clandestinos, uma vez que pessoas que têm a necessidade de migrar, mas não preenchem a bateria de exigências impostas, provavelmente adotarão alguma via irregular para o ingresso.

Portanto, muito embora a ONU e outras organizações internacionais tenham elevado os direitos humanos ao patamar de normas internacionais e grande parte dos Estados tenha, desde o segundo Pós-Guerra, trazido este espírito para o seio de suas constituições nacionais, ainda há um caminho considerável a ser percorrido para que se alcance a efetividade almejada.

A DIDH desempenhou papel essencial para trazer estas garantias fundamentais para o centro das discussões, e os avanços em decorrência dela são inegáveis. Entretanto, por mais difundidas que estejam nas organizações sociais modernas, ainda é muito difícil impô-las em algumas situações. Um possível caminho para dotá-las de maior aplicabilidade prática é o fortalecimento de mecanismos de pressão internacional e o alargamento do sistema de responsabilização do Estado violador, na tentativa de que o fator humano não seja subjugado pelos interesses econômicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, Lucia. Europa ativa plano para evitar naufrágios: “Não há mais desculpas”, in *El País*. 20 abr. 2015. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/04/20/internacional/1429534229_604187.html>. Acesso em 25 maio 2015.

ARISTÓTELES, *A Política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru: Edipro, 1995.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. *Question of Diplomatic Asylum: Report of the Secretary-General*, 22 de setembro de 1975, A/10139 (Parte II). Disponível em: <<http://unhcr.org/3ae68bf10.html>>. Acesso em 02 jun. 2015.

BAPTISTA, Olívia Cerdoura. *Direito de Nacionalidade em Face das Restrições Coletivas e Arbitrárias*. Curitiba: Juruá, 2007.

BARNARD, Catherine. Gender Equality in the EU, in *The EU and Human Rights*. Edição de Philip Alston, Oxford University Press, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), In *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na internet em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em 11 fev. 2015.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de Ridendo Castigat Mores. Versão digital, 2001. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf> Acesso 12 jun. 2015.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional: a synthese dos princípios e a contribuição do Brasil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1939.

BÍBLIA. Português. *Bíblia Sagrada*. Tradução de João Ferreira de Almeida. 12. ed. São Paulo: King's Cross Publicações, 2012.

BITTAR, Eduardo. C.B. *Ética, Educação, Cidadania e Direitos Humanos*. Manole, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BOECK, Charles de. L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique, *In Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Vol. 018. Boston: The Hague Academy of International Law, 1927.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONIS, Gabriel. A União Europeia tem virado as costas aos refugiados?, *in Politike – Política Internacional, Direitos Humanos e Economia*. 30 jan. 2015. Disponível em: <<http://politike.cartacapital.com.br/a-uniao-europeia-tem-virado-as-costas-aos-refugiados/>>. Acesso em 3 mar. 2015.

BUERGENTHAL, Thomas *et al.* *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMBAÚVA, Daniella. A nova cara do conservadorismo: com grupos neonazistas, a extrema-direita conquista espaço na Europa, *in Carta Maior*. 13. mar. 2014. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Internacional/A-nova-cara-do-conservadorismo-com-grupos-neonazistas-a-extrema-direita-conquista-espaco-na-Europa/6/30467>>. Acesso em 23 abr. 2015.

CAMPOS, Eduardo Nunes. *O Lugar do Cidadão nos Processos de Integração*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002,

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Coimbra: Gradativa, 1999.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed., Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, Mariana. Brevíssimos Apontamentos sobre a Não Discriminação no Direito da União Europeia, *in Julgar*, nº 14. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 102-111.

CARVALHO, Aluísio Dardeau de. *Nacionalidade e cidadania*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CARVALHO, Kildare Gonçalves de. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: Ensaio sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CHATUR, Dharmendra. Responsibility of States for Injury to Aliens, *In Public International Law Research Paper*. Disponível em: <<http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=dchatur>>. Acesso em 4 ago. 2015.

CLEMENTE, Alexandre Shimizu; NASCIMENTO, Bruno Pereira. *Direitos Humanos: o Direito à Nacionalidade como um Pressuposto Fundamental da Cidadania*. São Paulo, 2009. Disponível em <<http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/14/14>>. Acesso 23 mar. 2015.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia (1948 - 1991)*, pp. 22-23 Disponível em: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf> Acesso em 25 abr. 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A Luta pelos Direitos Humanos, in LOURENÇO, Maria Cecília França. *Direitos Humanos em Dissertações e Teses da USP: 1934-1999*. São Paulo: Universidade de São, 1999.

DE LUCAS, Javier. Inmigración y Globalización acerca de los Presupuestos de una Política de Inmigración, in *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n. 1, Logroño: 2003. Disponível em <<http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero1/delucas.pdf>>. Acesso em 22 jun. 2015.

DE VATTEL, Emer. *O Direito das Gentes*. Tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora Universidade de Brasília – UNB, 2004.

DEL' OLMO, Florisbal de Souza; LUNARDI, Luthiane Perin Ferreira. As Bases para Pensar uma Cidadania Cosmopolita, in *Revista Direitos Culturais do Programa de Pós-Graduação em Direito URI*. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/838>>. Acesso em: 2 jun. 2015.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Asilo Diplomático e Refúgio: Especificidades, Semelhanças e um Breve Estudo de Casos, in *Direito Internacional: XXIII Encontro Nacional do Conpedi*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2014, pp. 156-179.

_____. *A extradição no alvorecer do século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DEYRA, Michel. *Direito Internacional Humanitário*. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 2001.

DICHTCHEKENIAN, Patrícia. Grécia prorroga detenção de imigrantes em condições precárias, diz Médicos Sem Fronteiras, in *Opera Mundi UOL*. São Paulo, 18 maio 2014. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/reportagens/35223/Grecia+prorroga+detencao+de+imigrantes+em+condicoes+precarias+diz+medicos+sem+fronteiras.shtml>> Acesso em 12 jun. 2015

DIÓGENES, Daniel Cabó. Nacionalidade do Atleta, in MACHADO, Jónatas E. M. *Direitos Humanos e Ética no Desporto*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

DONCEL, Luis. Neonazistas Ameaçam Políticos que Defendem Abertura da Alemanha, in *El País*, 17 mar. 2015. Disponível em <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/03/14/internacional/1426370199_057476.html>. Acesso em 29 jun. 2015.

EL PAÍS. *El Otro soy Yo*. 7 jan. 2015. Disponível em: <http://elpais.com/elpais/2015/01/06/opinion/1420573834_487528.html>. Acesso em 28 jun. 2015.

ELGOT, Jessica. European Elections: 9 Scariest Far-Right Parties Now In The European Parliament, in *The Huffington Post UK*. 26 maio 2014. Disponível em <http://www.huffingtonpost.co.uk/2014/05/26/far-right-europe-election_n_5391873.html>. Acesso em 12 fev. 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FONSECA, Sofia. Reino Unido quer limitar livre circulação de trabalhadores, in *DN Globo*. 05 dez. 2013. Disponível em: <http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=3571335&seccao=Europa>. Acesso em 12 jan. 2015.

FOULKES, Imogen. Global Refugee Figures Highest Since WW2, UN Says, in *BBC News*. Genebra, 20 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-27921938>>. Acesso 23 jun. 2015.

GALÁN, Lola. En Barajas se habla portugués, in *El País*, 24 mar. 2008. Disponível em <http://elpais.com/diario/2008/03/24/espana/1206313213_850215.html>. Acesso em 29 jul. 2015.

GALDUF, Josep Ma. Jordan; MARURI, Isidro Antuñano. Migraciones y Política Social de la Unión Europea, in *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, n. 1, I. Valencia: 2001. Disponível em <http://www.gva.es/c_economia/web/rveh/pdfs/n1/observa1-1.pdf>. Acesso em 22 jun. 2015.

GARCIA, Fernanda Di Flora. A Exceção é a Regra: os Centros de Detenção para Imigrantes na Itália, in *Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana*. Ano XXII, n. 43, jul/dez. Brasília, 2014 pp. 235-250.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane. *The Refugee in International Law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

- HAZARD, Paul. *La Crise de la Conscience Européenne, 1685-1715*. Paris: Fayard, 1961.
- HENRIQUES, Miguel Gorjão. *Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*. 6. ed. Almedina: Coimbra, 2010.
- HUMAN RIGHTS WATCH. *Everyday intolerance. Racist and xenophobic violence in Italy*. Nova Iorque, 2011.
- _____. *World Report 2015: Our annual review of human rights around the globe*. Nova Iorque, 2015.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. *What is international humanitarian law?* 31 out. 2002. Disponível em <<https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/5kzf5n.htm>>. Acesso em 28 mar. 2015.
- ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*. Barueri: Manole, 2005.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo; ARBUET VIGNALI, Heber; PUCEIRO RIPOLL, Roberto. *Derecho Internacional Público*. V. IV, 2. ed. Montevideu: Fundación de Cultura Universitaria, 1996
- JUNQUERA, Natalia. Un Informe Critica el "Régimen de Cárcel" para los 'Sin Papeles', *in El País*. Madri, 07 mar. 2008. Disponível em <http://www.elpais.com/articulo/espana/informe/critica/regimen/carcel/papeles/elpepunac/20080307elpepunac_21/Tes>. Acesso em 21 jun. 2015.
- KALIL, Renan Bernardi. Migrar é um Direito Humano, *in Midia News*. Cuiabá, 16 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.midianews.com.br/conteudo.php?sid=262&cid=234690>>. Acesso em 17 jun. 2015.
- KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua: um projeto filosófico*. Tradução de Artur Morão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008.
- KELSEN, Hans. *Direito Internacional e Estado Soberano*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LEITE, Rodrigo de Almeida. Os paradoxos do tratamento da imigração ilegal na União Européia frente à Diretiva de Retorno, in *Revista Espaço Acadêmico*, n.º 108, maio. Maringá: 2010, pp. 61-70.

LIMA, Maria Amélia Ximenes Correia. O Termo "Institucionalização", in *Retratos de Asilo*. Disponível em <<http://www.portaldoenvelhecimento.org.br/acervo/retratos/retratos3.htm>> Acesso 4 jun. 2015.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. Tradução de E. Jacy Monteiro, in *Coleção Os Pensadores*. vol. XVIII. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MACIEL, Renata; MOUSQUER, João Victor Magalhães. Refugiado, Apátrida e Estrangeiro Dentro da Ideologia Estatal, in *Revista Paradigma*, a. XVIII, n. 22, Ribeirão Preto: 2013 p. 179-196.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARGOLIS, Mac. Brasil, novo polo de imigração, in *Estadão*. 08 jan. 2012. Disponível em <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-novo-polo-de-imigracao-imp-819891>>. Acesso em 12 ago. 2015.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General*. Universidad Carlos III de Madrid. Madri: Boletín Oficial del Estado, 1999.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Guilherme Moreira Leite de. Fragility in Central Asia: the politics of Kyrgyzstan's and Tajikistan's securitarian instability, *In Research in Social Change*, v. 3, 2014, p. 189-208.

MIGRANT RIGHTS INTERNATIONAL. *Alcanzando la dignidad: Manual del Promotor de la Convención de los derechos de los Migrantes*, Novembro, 2002.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. v III. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953.

_____. *Comentários à constituição de 1967 com a emenda n.1, de 1969*. Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. Lisboa: Principia, 2012.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MISSÉ, Andreu. La Eurocámara Condenó en 2006 los 18 meses de Detención para Inmigrantes, *in El País*. Madri, 02 jul. 2008. Disponível em <http://www.elpais.com/articulo/internacional/Eurocamara/condeno/2006/meses/detencion/inmigrantes/elpepuint/20080702elpepiint_4/Tes>. Acesso em 24 jun. 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70 LDA, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NADAL, Paco. ¿Y si el titular fuera "700 turistas europeos, ahogados al volcar un crucero frente a Malta"?, *in El País*. 20 abr. 2015. Disponível em: <<http://blogs.elpais.com/paco-nadal/2015/04/700-turistas-europeos-ahogados-crucero-frente-malta.html>>. Acesso em 12 maio 2015.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *O Tempo das Reconfigurações do Constitucionalismo: os Desafios para uma Cultura Cosmopolita*. São Paulo: LTr, 2001.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Constitucionalismo e Cidadania: por uma Jurisdição Constitucional Democrática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NUSSBAUM, Martha C. *Los Limites del Patriotismo*. Tradución de Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1999.

ODA, Shigeru: El individuo en el Derecho Internacional, in SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

ORDAZ, Pablo. Na Itália, Liga Norte ameaça prefeitos que acolherem refugiados, in *El País*. 7 jun. 2015. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/07/internacional/1433687491_341636.html>. Acesso em 9 jun. 2015.

PAIS, Sofia Oliveira. Todos os cidadãos da União Europeia têm direito de circular e residir livremente no território dos Estados-Membros, mas uns têm mais direitos que outros, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*. Vol. III. Universidade Católica: Lisboa, 2011.

PÉREZ, Claudi. Chegada de Imigrantes Ilegais à Europa Triplica em 2015, in *El País*, Madri, 18 abr. 2015. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/04/18/internacional/1429312153_199778.html>. Acesso em 24 jun. 2015

PERINI, Raquel Fratantonio. A Soberania e o Mundo Globalizado, in *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 76, 17 set. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4325>>. Acesso em 21 fev. 2015.

PEYTRIGNET, Gérard. Sistemas Internacionais de Proteção da Pessoa Humana: O Direito Internacional Humanitário, in TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, PEYTRIGNET, Gérard e SANTIAGO, Jaime Ruiz de. *As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos Humanos- Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados*. Brasília, São José da Costa Rica, Co-Edição, Instituto Interamericano de Direitos

Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996.

RAMOS, Rui Manuel Moura. Nacionalidade, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*. Vol. VI, Lisboa, 2004, pp. 103-139.

_____. Nacionalidade, Plurinacionalidade e Supranacionalidade na União Europeia e na Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, in *Boletim da Faculdade de Direito, Volume Comemorativo*, 2003, pp. 691-715.

REALE, Égídio. Le problème des passeports, in *Recueil des Cours*. Vol. 50 (1934-IV), pp. 85-188.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RUBIO, Valle Labrada. *Introduccion a la Teoria de los Derechos Humanos: Fundamento, Historia, Declaracion Universal de 10 de diciembre de 1948*. Madri: Civitas, 1998.

SÁEZ, Aitor. Por Qué y Cómo va a Eliminar Grecia sus "Prisiones para Inmigrantes", in *El Diario*, Madri, 04 mar. 2015. Disponível em <http://www.eldiario.es/desalambre/Grecia-abre-puerta-inmigrantes_0_362914116.html>. Acesso em 18 jun. 2015.

SANCHES, Luciana Taynã. Direito de Asilo: História, in *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3745, 2 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25448>>. Acesso 12 jun. 2015.

SANCHO, Ángel G Chueca. Un Análisis de las Migraciones Internacionales a través de Cinco Mitos, in *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 9, Julio. Valladolid: Lex Nova, 2005, pp. 45-63.

SARAMAGO, José. *Carta abierta a la solidaridad*. Madri, 1998. Disponível em <<http://www.20minutos.es/carta/742730/0/muerte/jose/saramago/>>. Acesso em 28 jul. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2004.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. *In Revista de Direito do Estado*. Belém: Editora Renovar, v.1, n.º 2, abr./mai/jun de 2006.

SOARES, Guido Fernando Silva. Os Direitos Humanos e a Proteção dos Estrangeiros, *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 99, 2004, pp. 403-460.

TAVARES, Maria José Ferro. A expulsão dos Judeus de Portugal: conjuntura peninsular, *in Oceanos*. N.º 29, Jan/Mar. Lisboa: 1997.

TRENTIN, Lorivan Antônio Fontoura. *A Importância do Constitucionalismo na Realização dos Direitos Fundamentais*. São Leopoldo: Dissertação de Mestrado UNISINOS, 2003.

TRIMARCHI, Michele. Ideologia, informazione e rent-seeking: la relazione principale-agente nel mercato elettorale e il ruolo dei partiti politici, *in Il Politico - Rivista italiana di scienze politiche*, Pavia, ano LVI, Fasc. 157, n.º 1, jan/mar 1991, pp. 97-105.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1997.

TUBELLA, Patrícia. Cameron propõe confiscar salários de imigrantes irregulares no Reino Unido, *in El País*. 21 maio 2015. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/21/internacional/1432210255_112957.html>. Acesso em 4 jun. 2015.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao, MARTINEZ, Fernando Rey. Veinte Años de Jurisprudencia sobre la Igualdad Constitucional, *in SÁNCHEZ*, Julián Martínez-Simancas; REYES, Manuel Aragón, *La Constitución y la Practica del Derecho*, n.º 4, 1999, pp. 243-340.

URBANO, Maria Benedita. *Curso de justiça constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2013.

VEIGA, Paula. Alguns dilemas da emancipação da cidadania na era cosmopolita, in ANDRADE, Manuel da Cosa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Vol. 4. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 1107-1123.

VIEIRA, Manuel Adolfo. L'evolution récente de l'extradition dans le Continent américain, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Boston: The Hague Academy of International Law, 1984.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma Leitura da Jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Editora, 2006.

WAGMAN, D. Criminalización de la inmigración y mercado laboral, in *4º Congreso sobre la Inmigración en España: Ciudadanía y participación - Mesa 11 (Espacios de integración y espacios de exclusión)*. Girona, Novembro de 2004. Disponível em: <http://www.udg.es/congres_immigracio/ESP/index.htm> Acesso em 12 abr. 2015.

WEIS, Paul. *Nationality and Statelessness in International Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1979.

INSTRUMENTOS NORMATIVOS

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

_____. Decreto n.º 86.715, de 10 de dezembro de 1981. Regulamenta a Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração e dá outras providências. Brasília: 1981.

_____. Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Brasília: 1980.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia sobre a Nacionalidade*. Estrasburgo, 26 nov. 1997. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_Europeia_sobre_a_Nacionalidade.pdf?view=1>. Acesso em 28. fev. 2015.

LEAGUE OF ARAB STATES. *Arab Charter on Human Rights*. 15 set. 1994. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/arabcharter.html>>. Acesso em 05 maio 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas*. Viena, 18 abr. 1961. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D56435.htm>. Acesso em 28 fev. 2015.

_____. *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*. Nova Iorque, 21 dez. 1965. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discriraci.htm>> Acesso em 28 fev. 2015.

_____. *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias*. Nova Iorque, 18 dez. 1990. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/convencao%20.doc>> Acesso em 28 fev. 2015.

_____. *Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio*. Nova Iorque, 9 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/genocidio.htm>>. Acesso em 28 fev. 2015.

_____. *Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados*. Genebra, 28 jul. 1951. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1>. Acesso em 28 fev. 2015.

_____. *Convenção sobre a nacionalidade da mulher casada*. Nova Iorque, 29 jan. 1957. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/asilo/asilo57.htm>>. Acesso em 28 fev. 2015.

_____. *Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas*. Nova Iorque, 28 set. 1954. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Refugiados-Asilos-Nacionalidades-e-Ap%C3%A1tridas/convencao-sobre-o-estatuto-dos-apatridas.html>>. Acesso em 28 fev. 2015.

_____. *Declaração sobre os Direitos Humanos dos indivíduos que não são nacionais do país em que vivem*. Nova Iorque, 13 dez. 1985. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_14/IIIPAG3_14_10.htm>. Acesso em 28 fev. 2015.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 28 fev. 2015.

_____. *Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos*. Nova Iorque, 16 dez. 1966. Disponível em: <http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2pidcp.html>. Acesso em 28 fev. 2015.

ORGANIZAÇÃO DE UNIDADE AFRICANA. *Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos*. Nairobi, 26 jun. 1981. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitoshumanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/carta-africa.html>>. Acesso em 28 fev. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Código de Direito Internacional Privado*. Havana, 20 fev. 1928. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/bustamante.htm>> Acesso em 26 mar. 2015.

_____. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. São José da Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em 28 fev. 2015.

_____. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Bogotá, 30 abr. 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/declaracao-americana-dos-direitos-e-deveres-do-homem.html>>. Acesso em 28 fev. 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 143 sobre migrações em condições abusivas e promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes*. Genebra, 4 jun. 1975. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/emprego/oit143.htm>> Acesso em 28 fev. 2015.

PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: 1976.

_____. Lei n.º 23/2007, de 4 de julho. Aprova o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional. Lisboa: 2007.

SOCIEDADE DAS NAÇÕES. *Protocolo Especial relativo à apatridia*. Haia, 12 abr. 1930. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-Internacionais-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-1919-a-1945/protocolo-especial-relativo-a-apatrida-1930.html>>. Acesso em 28 fev. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais. *Jornal Oficial da União Europeia*, n.º C 326, de 26 out. 2012, pp. 391-407.

_____. Decisão do Conselho relativa à organização de voos comuns para o afastamento do território de dois ou mais Estados-Membros de nacionais de países terceiros que estejam sujeitos a decisões individuais de afastamento, de 29 de Abril de 2004 (2004/573/CE). *Jornal Oficial da União Europeia*, L 261, 8 jun. 2004, p. 28.

_____. Diretiva 2001/40/CE do Conselho, de 28 de Maio de 2001, relativa ao reconhecimento mútuo de decisões de afastamento de nacionais de países terceiros. *Jornal Oficial da União Europeia*, n.º L 149, de 2 jun. 2001, pp. 34-36.

_____. Diretiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular. *Jornal Oficial da União Europeia*, n.º L 348, de 24 dez. 2008, pp. 98-107.

_____. Regulamento (CE) n.º 562/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006, que estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen). *Jornal Oficial da União Europeia*, n.º L 105, de 13 abr. 2006, pp. 1-32.

_____. Regulamento 2003/343/CE do Conselho, de 18 de Fevereiro de 2003, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise e um pedido de asilo apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro. *Jornal Oficial da União Europeia*, n.º L 50, de 25 fev. 2003, pp. 1-10.