



Maxilene Soares Corrêa

DIREITO INTERNACIONAL DA MIGRAÇÃO

Apontamentos epistemológicos

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas - Menção em Direito Internacional
Público e Europeu

Orientador: Professor Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado
Julho/2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

MAXILENE SOARES CORRÊA

DIREITO INTERNACIONAL DA MIGRAÇÃO

Apontamentos epistemológicos

INTERNATIONAL MIGRATION LAW

Epistemological considerations

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

Orientador: Professor Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado

**COIMBRA
2017**

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo dom da vida e sua incomparável graça. Porque com soberania, conduziu minha história à experiência inenarrável de viver Coimbra e toda sua intensidade.

Aos meus pais, Rocindes e Edna, exemplos maiores, pela ternura no carinho e sabedoria na repreensão. Por me ensinarem o valor das coisas eternas e sonharem comigo a todo tempo. Pelo apoio e amor que me envolvem ainda quando estão a um oceano de distância. Estendo essas palavras à minha família como um todo. Vocês são onde pertenço.

Na pessoa do meu professor orientador Jónatas Machado, agradeço aos professores doutores desta instituição, os quais, com destreza, conduziram-me a um patamar mais elevado da vivência acadêmica e serviram-me como modelo e inspiração.

E na pessoa do meu amigo Rafael Firpo, agradeço a todos os amigos que Coimbra me trouxe, pelos risos, aprendizados e histórias que tenho pra contar. Levo-os para a vida.

RESUMO

A presente dissertação traz alguns apontamentos epistemológicos acerca do Direito Internacional da Migração. Em um primeiro momento, analisa a figura do estrangeiro, tomando como plano de fundo a História e partindo da ideia de que seus eventos interferem na maneira como o estrangeiro era (é) enxergado e protegido. Esse panorama parte da antiguidade chegando até a pós-modernidade, verificando o contexto do nascimento do Direito Internacional da Migração e, principalmente, seu estabelecimento no contexto de fragmentação do Direito Internacional atual. Partindo disso, no segundo capítulo, este escrito trata do debate acerca da autonomia do Direito Internacional da Migração. Por fim, no terceiro capítulo, ao entender pela sua não autonomia, busca-se perceber o que isso significa aos direitos dos Migrantes. Nesse sentido, propugna uma perspectiva plural e humanística do Direito Internacional da Migração, por meio de noções como a de cidadania global kantiana, hospitalidade universal e glocalidade, de forma a construí-lo em uma relação simbiótica com os Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional da Migração; autonomia; Direitos Humanos.

LISTA DE SIGLAS

ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados
ASEAN – Associação de Nações do Sudeste Asiático
CARICOM – Comunidade Caribenha
CDI – Comissão de Direito Internacional
CE – Comissão Europeia
CEDEAO – Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental
DARS – *Draft Articles on Responsibility of States for international wrongful acts*
DIM – Direito Internacional da Migração
DPPMW – Proteção e promoção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes.
DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos
FIR – Fóruns Inter-regionais para Migrações
GATS – *General Agreement on Trade in Service.*
GFMD – *Global Forum on Migration and Development*
MERCOSUL – Mercado Comum do Sul
OIM – Organização Interacional para as Migrações
OIT – Organização Internacional do Trabalho
ONU – Organização das Nações Unidas
ORL – Orgão de Resolução de Litígios (OMC)
PCR – Processos Consultivos Regionais sobre Migrações
PNUD – Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento
SICA – Sistema de Integração Centro-Americano
TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia
TUE – Tratado da União Europeia
UE – União Europeia
UNASUL – União de Nações Sul-Americanas
UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância

LISTA DE ABREVIATURAS

a.C – Antes de Cristo

Art. – Artigo

d.C – Depois de Cristo

Vs. – *Versus* (contra)

V.G - *Verbi gratia* (por exemplo)

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 – A CONSTRUÇÃO DA FIGURA DO ESTRANGEIRO E SUA PROTEÇÃO: DA ANTIGUIDADE À FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO PÓS-MODERNO	11
1.1 O Estranho ao clã, à cidade, à terra, ao Estado	12
1.2 A pós-modernidade e os novos contornos à figura do estrangeiro	21
1.3 A fragmentação do Direito Internacional, os regimes autónomos e o estabelecimento do Direito Internacional da Migração	29
CAPÍTULO 2 – O DEBATE EPISTEMOLÓGICO ACERCA DA CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DA MIGRAÇÃO COMO REGIME AUTÓNOMO	40
2.1 Argumentos contrários à caracterização do Direito Internacional da Migração como um regime autónomo	40
2.2 Argumentos favoráveis à caracterização do Direito Internacional da Migração como um regime autónomo	53
2.3 Análise dos argumentos	63
CAPÍTULO 3 - POR UM DIREITO INTERNACIONAL DA MIGRAÇÃO INTIMAMENTE LIGADO À NOÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E PLURALIDADE	67
3.1 Cidadania global, hospitalidade universal e glocalidade	67
3.2 As dinâmicas regionais e seu contributo de pluralidade ao Direito Internacional da Migração	79
3.2.1 Instituições regionais formais e o tratamento de temas migratórios	80
3.2.2 Processos Consultivos Regionais sobre Migrações (PCR)	88
3.2.3 Fóruns Inter-Regionais para Migrações (FIR)	92
3.3 O trans-regionalismo como elemento importante à governança global para migração.....	94
CONCLUSÃO	98
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	102
JURISPRUDÊNCIA	107

INTRODUÇÃO

O número de indivíduos em situação de migração internacional nunca esteve em tamanha proporção. Segundo a Organização Internacional para as Migrações, em 2015, o número de pessoas que viviam fora do seu país de origem estava em torno de 244 milhões.¹ O mundo contemporâneo está em movimento, como nunca antes.

A migração internacional do nosso século nos mostra uma nova dinâmica social. As pessoas se movimentam e carregam em suas bagagens parte de seus mundos, culturas e hábitos. São realidades diferentes que se misturam e se excluem em um paradoxo real e dotado de grande complexidade, como consequência da própria globalização e da liquidez da modernidade².

O migrante tem, hoje, várias faces, termos, denominações: forçado, voluntário, refugiado, exilado, apátrida e assim por diante. São diversos contornos sociais e jurídicos. Vários documentos no plano internacional, materializados em diferentes níveis de proteção. Por isso, torna-se cada vez mais necessário estudar a figura do estrangeiro e a sua proteção não só no plano internacional, mas também internamente ao Estado.

Nos últimos anos, pôde se verificar um aumento do número de normas internacionais relativas à migração, nos âmbitos global, regional e bilateral. Estas normas estão inseridas em documentos que muitas vezes tratam de temas variados, como crimes organizados internacionais, nacionalidade, tráfico de pessoas, resgate no mar, entre outros. O Direito Internacional da Migração (DIM) é, hoje, um conjunto de normas diversas, tanto no que tange aos temas quando no que toca o alcance, aplicadas a diferentes situações de migração, todas agrupadas sob a rubrica de Direito Internacional da Migração.

A proposta desse escrito é tratar sobre o Direito Internacional da Migração, trazendo algumas contribuições epistemológicas para o estudo desse ramo relativamente recente do Direito.

¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **Global Migration Trends Factsheet**. IOM's Global Migration Data Analysis Centre. 2015.

² BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade líquida**. Jorge Zahar, Rio de Janeiro, 2001.

Etimologicamente, "Epistemologia" refere-se a uma junção do prefixo "episteme" (ciência) ao sufixo "logos" (discurso), ou seja, discurso sobre a ciência. Trata-se do estudo da própria ciência, em uma espécie de meta linguagem. É a teoria do conhecimento. Sua tarefa principal é a reconstrução racional do saber científico, o que pode ser realizado do ponto de vista lógico, linguístico, sociológico, interdisciplinar, político, filosófico e histórico.³

A chamada epistemologia específica leva em conta uma disciplina em particular, intelectualmente constituída em uma unidade definida do saber para estudar sua origem e funcionamento, bem como as possíveis relações que mantém com as demais disciplinas.⁴

Partindo disso, esse escrito busca compreender o Direito Internacional da Migração através de elementos históricos, sociológicos, políticos, mas especialmente através de elementos jurídicos. Objetiva-se analisar sua origem, estrutura e posição dentro da ciência do Direito, especialmente sua relação com o Direito Internacional Geral. Além disso, esse texto tem como escopo proporcionar uma nova abordagem do Direito Internacional da Migração, através de uma perspectiva de Direitos Humanos e proteção do indivíduo migrante.

Esta dissertação encontra-se dividida em três capítulos. No primeiro deles, trataremos do objeto do Direito Internacional da Migração, ou seja, da pessoa do estrangeiro, bem como de delinear o contexto histórico de nascimento desse ramo do Direito Internacional.

Para tanto, faremos uma breve digressão histórica, analisando a construção da figura do estrangeiro e sua proteção nas diferentes épocas da história da humanidade, uma vez que o conceito de indivíduo estrangeiro é uma construção constante, a qual se dá em um horizonte relacional entre o que pertence e o que é de fora.

Nessa perspectiva, caminharemos por alguns momentos da história, ressaltando como certos eventos, entre eles o nascimento do Estado e a própria internacionalização dos Direitos Humanos, influenciaram para a construção de uma perspectiva moderna de

³ TESSER, Gelson. **Principais linhas epistemológicas contemporâneas**. Educ. rev. N°. 10 Curitiba Jan./Dec. 1994.

⁴ JAPIASSU, Hilton. **Introdução ao pensamento epistemológico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, 1979. p. 202.

estrangeiro. Chegaremos até a fragmentação do Direito Internacional e o estabelecimento de áreas de especialização do Direito, entre as quais se encontra o Direito Internacional da Migração.

Partindo desse contexto de fragmentação do qual emerge o Direito Internacional da Migração, no segundo capítulo, faremos uma discussão acerca da sua autonomia, ou seja, uma análise da relação do nosso objeto de estudo com o Direito Internacional geral. Levantaremos argumentos *pro et contra* a caracterização do Direito Internacional da Migração enquanto um regime autónomo. Analisaremos cada lado desse debate essencialmente epistemológico intentando ressaltar consequências práticas da adoção de um ou outro entendimento.

Essa discussão culmina, fundamentalmente, em uma abordagem do Direito Internacional da Migração pelo prisma dos Direitos Humanos dos indivíduos em movimento. Por esse motivo, no terceiro capítulo, traremos algumas contribuições destinadas ao desenvolver de um Direito Internacional da Migração essencialmente humanístico e plural.

Em uma espécie de tomada de posição, o terceiro capítulo se destina a elencar algumas bases teóricas para essa abordagem do fenômeno migratório e suas regulações, pelo prisma dos Direitos Humanos.

Entre essas bases teóricas, trabalharemos noções como a da cidadania universal kantiana e hospitalidade universal. Isto porque, o Direito Internacional da Migração deve ser compreendido como uma asseguaração de direitos universalmente concebidos a todos os homens. Entre esses direitos, o de ser recebido com hospitalidade e dignidade em qualquer lugar do planeta.

Um outro elemento teórico dessa abordagem humanística, proposta no terceiro capítulo, é a noção de “glocalidade”. As dinâmicas regionais e inter-regionais são condizentes com o Direito Internacional atual, mais fluido e plural. São importantes para a estruturação de uma governança global sobre assuntos migratórios. Buscaremos analisar como, e em qual medida, as dinâmicas regionais de materialização do Direito Internacional

da Migração, são peças fundamentais para o estabelecimento dessa nova perspectiva baseada nos Direitos Humanos.

CAPÍTULO 1 – A CONSTRUÇÃO DA FIGURA DO ESTRANGEIRO E SUA PROTEÇÃO: DA ANTIGUIDADE À FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO PÓS-MODERNO.

Os fenômenos migratórios não são novos. Desde a antiguidade as pessoas, seja em grupo, seja individualmente, deixam seus lugares e grupos de origem para estabelecerem-se em outros. A migração é, desde os primórdios, uma resposta às necessidades físicas de comida, abrigo ou segurança. Ou seja, o estrangeiro sempre existiu. No entanto, o fenômeno da migração remodelou-se conforme diferentes episódios da história da humanidade. Os contornos da figura do estrangeiro foram sendo modificados ao longo dos anos.

Partimos, então, da ideia de que a figura do estrangeiro, bem como a sua proteção pelo direito, foram passando por diversas mutações nos diferentes contextos históricos, políticos e sociais, ao longo da história da humanidade. O estrangeiro é uma construção constante. Então, nesse primeiro momento, perguntamo-nos, em que contexto nasce o chamado Direito Internacional da Migração? Quem era o estrangeiro, ou o que ele representava nesse contexto? Quem é o estrangeiro hoje?

Neste primeiro segmento, utilizaremos a história como laboratório, de modo a analisar a figura do estrangeiro em diferentes épocas. É necessário, e até fundamental, que partamos dessa regressão histórica para observarmos o contexto e os elementos que levaram ao nascimento daquilo que hoje entendemos como Direito Internacional da Migração. Assim, seremos capazes de compreender com mais propriedade a forma como essas normas se dispõem no plano internacional contemporâneo e como se relacionam com os outros ramos do Direito.

Hoje, o conceito de estrangeiro está intimamente ligado à noção de nacionalidade. Tomamos um Estado como referência e aquele que não é nacional daquele Estado é, portanto, estrangeiro. No entanto, mesmo antes do conceito de nacionalidade emergir na história da humanidade, em seu sentido moderno, ou seja, atrelado à ideia de Estado,

sempre existiu um vínculo que liga um indivíduo humano, enquanto ser social⁵, à comunidade ou a um agrupamento do qual se considera parte. Este sentimento de pertencimento é composto por duas faces: uma caracterizada pela inclusão (de si próprio) e outra pela exclusão (do outro). Este vínculo do indivíduo com o grupo social, então, por um lado fortalece a coesão entre os membros de uma comunidade, mas em contrapartida, delimita a separação dos membros desta comunidade das outras que lhe são estranhas⁶.

A sensação de pertencimento a um grupo e de conseqüente afastamento daqueles que não pertencem a ele, com traço cultural forte, existe desde os povos primitivos, passando pelo povo hebreu, pelo Egito, Mesopotâmia, Babilônia, Grécia, Roma, o medievo, o nascimento do Estado, chegando até os dias de hoje. Em alguns momentos da humanidade, este vínculo está mais relacionado à família, em outros, a grupos mais heterogêneos, ou à noção de cidade, ou à terra, e por fim o pertencimento se volta à figura do Estado, como observaremos.

1.1 O Estranho ao clã, à cidade, à terra, ao Estado.

Nas sociedades primitivas, os homens não estavam aglomerados em Cidades-Estado ou organizados politicamente. Essas sociedades eram constituídas de grupos em torno de famílias, tribos ou clãs. Para além de cada grupo,

il existe un monde hostile, souvent mystérieux, envers lequel les hommes primitifs éprouvent de la crainte, du mépris et de la haine. De la crainte parce que tout qui vient de l'étranger est chargé de puissance ou de force magique que peuvent apporter mort, malheur ou maladie; du mépris car à leurs yeux ils sont eux-mêmes les seuls hommes, les seuls vrais hommes, c'est d'ailleurs souvent le sens mêmes du nom qu'ils se donnent. Pour les étrangers ils réservent des termes de mépris: barbare, mangeur de terre, etc.⁷

Nesse caso, o estrangeiro era todo aquele estranho a este grupo familiar. Aquele que vinha de um lugar ainda desconhecido pelos incluídos na relação do clã. Um lugar, que

⁵ Partindo de uma concepção aristotélica.

⁶ Podemos observar que as palavras “estrangeiro” e “estranho” possuem o mesmo radical, proveniente de “extra” que designa “fora”; “além dos limites”.

⁷ DORSINFANC-SMETS, Annie. **Les Étrangers dans la Société Primitive**. In. *L'Étranger*, Recueils de La Société Jean Bodin pour L'histoire Comparative des Institutions, Vol. IX, Dessain em Tolra Paris, 1984. p. 60.

no imaginário dos membros do grupo, estava atrelado à ideia de medo, morte, ou do simples desconhecido. Portanto, aquele que vinha de fora, o estranho, não era, em geral, amigo.

Paulatinamente, os homens passaram a aglomerar-se em cidades. As cidades significam uma mudança do paradigma organizacional da humanidade. Os homens passam a organizar-se em uma estrutura mais aberta e heterogênea que a família, ou o clã, mas ao mesmo tempo, em certa medida ainda fechada ao mundo exterior. É nessa época que surge, então, a noção de cidadão e não-cidadão.

Tomemos a Grécia como exemplo, nesse sentido. Nas Cidades-Estado gregas a igualdade e a liberdade eram exclusivas aos chamados cidadãos. Os estrangeiros estavam entre os não-cidadãos, assim como os escravos, portanto, não gozavam de determinados direitos. Em Atenas existiam três categorias de estrangeiros, cujas situações jurídicas eram diferentes: Os *isótelos*, os *metoikos*, e os *xénos*. Os “isótelos” eram os pertencentes a unidades políticas com que Atenas celebrou acordos e por isso podiam exercer os poucos direitos neles previstos. Os “metoikos” eram aqueles que Atenas permitiu que fixassem residência. Era-lhes vedado, porém, possuir imóveis e transmitir ou receber por meio de testamento. Eram obrigados a pagar uma contribuição à cidade e defendê-la em caso de guerra. Não podiam contrair casamentos com cidadãos. O terceiro grupo é o dos “xénos”, aqueles estrangeiros de passagem, que não possuíam qualquer proteção legal. Decorrido determinado tempo de permanência na cidade, o “xénos” devia fazer-se reconhecer como “metoiko”, ou deixar Atenas.⁸

Ao observarmos o contexto grego, concluímos que o critério de pertencimento ou não à cidade é que leva a definir o estrangeiro. O estrangeiro era, então, aquele estranho à relação da cidade, é o que vem de fora dela, seja para ali estabelecer-se, seja de passagem. O estrangeiro, na Grécia, justamente por não estar incluso na vivência da cidade, não era equiparado ao cidadão e não gozava de muitos direitos a estes garantidos.

Na Roma antiga, a ideia de cidadania também existe e, do mesmo modo, está vinculada ao exercício de direitos políticos e civis. Em Roma, da mesma forma, havia a distinção do cidadão romano, portador, portanto, do “status civitatis”, passado de pai para

⁸ NEVES. Alexandra Chícharo. **Os Direitos do Estrangeiro: Respeitar os Direitos do Homem**. Teses: 36. Lisboa. 2011. p. 26.

filho, e do não cidadão. Apesar disso, o Direito Romano foi, de todos os sistemas jurídicos dos povos da antiguidade, o que abarcava especial proteção aos estrangeiros. Vejamos o porquê.

O peculiar olhar do Direito Romano ao estrangeiro pode ser verificado por dois elementos principais. O primeiro deles é, certamente, a comunhão com a comunidade latina, comunidade da qual Roma se forma e no seio da qual se desenvolve. Havia um vínculo étnico-cultural entre Roma e os povos do “Latio”, vínculo este influenciado por questões territoriais e culturais. A comunhão cultural existente entre Roma e as demais cidades latinas permitiu a construção de uma comunhão também jurídica, na qual se reconhece aos latinos um conjunto de direitos que os diferenciam das pessoas oriundas de outras cidades, ou seja, que os diferenciam dos demais estrangeiros.

Os não-romanos eram então, identificados como latinos ou como peregrinos (*peregrini*, os estrangeiros em geral). O status de latino apresenta peculiaridades e prerrogativas não estendidas aos peregrinos. Possuíam posição privilegiada, podendo, por exemplo, contrair matrimônio válido com pessoa com cidadania romana, comerciar com os cidadãos romanos e até mesmo tornarem-se cidadãos romanos ao domiciliarem-se em Roma.⁹

Os peregrinos, por sua vez, são os estrangeiros com quem não havia necessariamente uma comunhão cultural, eram a maioria dos povos conquistados. É aí que está o segundo elemento que justifica o peculiar olhar romano ao estrangeiro.

A expansão do império romano fez com que houvesse a incorporação de diversos povos com diferentes costumes e tradições jurídicas. Percebeu-se que, à medida que o império se expandia, para a coesão e desenvolvimento do mesmo, era necessário conceder certos direitos aos povos vencidos.

Ao passo que o Império Romano se alargava para além das fronteiras da Península Itálica, o antigo e tradicional “jus civilis” reservado, a priori, aos romanos, aos poucos se foi adaptando, de maneira a alcançar os outros povos incorporados ao império. O “jus civilis” passou ainda a conviver com outro corpo de normas jurídicas, o “jus gentium”,

⁹ DAL RI, Luciene, DAL RI. **Cidadãos e Latinos na Experiência jurídica da Roma Antiga: Novas possibilidades para um modelo de inclusão.** Revista NEJ - Novos Estudos Jurídicos. Vol. 18 - n. 2 – 2013. p. 300-314.

composto de normas extremamente plásticas cujos destinatários principais eram os *peregrini*.¹⁰

O *jus gentium* romano passou a aplicar-se àquelas relações entre os estrangeiros, e destes com os cidadãos romanos. Consistia num direito intragentes, não inter gentes.¹¹ Prova disso, por volta de 242 a.C., surge o “praetor peregrinus”, uma figura itinerante que trouxe a possibilidade de harmonização de propostas culturais e tradições jurídicas distintas. Parte desse projeto universalizador, o pretor visava privilegiar os acordos reais, não os vínculos formais. Dava prevalência à substância, em vez da forma. Privilegiava a vontade, o consenso. Nesse sentido, se diferenciava essencialmente do restante do Direito Romano, fortemente caracterizado pelo formalismo.

O *jus gentium* pertencia ao direito positivo, mas se aproximava do direito natural em diversos pontos. Considerando que o orgulho romano não permitia a adoção direta de regras jurídicas externas, o *jus gentium* recepcionava e re-elaborava os usos e costumes dos outros povos. Assim, podemos dizer que se tratava de um conjunto de normas universais, formadas com base nos costumes.

Entre os anos 90 e 89 a.C uma série de concessões foi realizada possibilitando que latinos alcançassem a cidadania romana. De 49 a.C em diante, houve uma gradual expansão da cidadania romana tendo por base vínculos culturais e a fidelidade dos povos conquistados. Seu auge ocorre durante o império, em 212 d.C., quando a cidadania romana foi estendida aos homens livres residentes nos territórios do império. Foi diminuído o número daqueles que poderiam ver a sua capacidade de exercício de direito restringida pela sua qualidade de *peregrini*.

Esses elementos, então, nos permitem verificar os contornos da figura do estrangeiro em Roma e a maneira pela qual o Direito Romano incluía estes indivíduos no mundo jurídico. Isso porque tal inclusão se fazia necessária para a própria coesão do império. O paulatino enfraquecimento da distinção entre os civis (cidadãos romanos) e os estrangeiros reflete o universalismo romano e consolida a comunhão cultural por meio do

¹⁰ SOARES, Guido. **Os direitos humanos e a proteção dos estrangeiros**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 99. 2004. p. 408.

¹¹ MACEDO, Paulo Emílio. **A Genealogia da Noção de Direito Internacional**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Nº 18. 2010. p. 4.

jus, o que sem dúvida contribuiu para que a organização política e administrativa romana, assim como sua ordem jurídica, se difundisse pela Europa. O *Jus Gentium*, sem dúvida foi um grande legado do Direito Romano, sendo o gérmen do Direito Internacional.

O Cristianismo reforçou ainda mais a ideia de universalidade, pois apregoava a igualdade entre os indivíduos e os povos. O Cristianismo trouxe ideais de superação das distinções entre os homens, entre cidadãos e não-cidadãos e conseqüentemente, entre o nativo e o estrangeiro. É o que se observa no excerto bíblico da carta de São Paulo aos Gálatas: "não há, pois, judeu, nem grego, escravo ou livre, varão ou fêmea, pois sois todos um em Jesus Cristo"¹².

O discurso de universalidade do gênero humano trazido pelo cristianismo, no entanto, sofreu com o fortalecimento da Igreja Católica no período medieval, que o obrigou a conviver com os particularismos típicos de uma sociedade muito estratificada e desigual. No mundo medieval, houve a constituição de inúmeras unidades políticas autônomas, e o poder político outrora concentrado na figura do imperador ou do rei, agora estava pulverizado na mão de vários nobres, senhores feudais. As grandes extensões territoriais foram divididas em zonas de influência menores, os feudos.

O que se tem é, mais uma vez, uma mudança no paradigma organizacional do mundo ocidental. As concentrações populacionais se tornam muito mais rurais e menos urbanas. Com isso, a ideia de pertencimento, outrora vinculada à cidade, ou ao povo, nesse período se tornou fortemente ligada ao critério "terra", o que trouxe novos contornos à figura do estrangeiro. Vejamos.

Até a Idade Média, prevalecia o critério "jus sanguinis", ou seja, as prerrogativas e os deveres vindos do pertencimento a um grupo ou unidade política, eram transmitidos de pais para filhos. Portanto, àqueles que não possuíam o "mesmo sangue" eram negados os direitos reservados aos considerados cidadãos. Este critério leva em conta, então, a filiação. Na antiguidade oriental e clássica o critério "jus sanguinis" era o mais frequente, pois a família era a base de toda a sociedade. O ambiente público, em Roma e na Grécia, era o prolongamento da família. Cada indivíduo pertencia primeiro à família, e depois à

¹² BÍBLIA. N. T. Gálatas 3:28. Português. Tradução de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, 1966.

sociedade. O critério “jus sanguinis” foi espalhado pela Europa em razão das conquistas do Império Romano.

A partir da Idade Média, porém, o critério “jus sanguinis” passou a dividir espaço com outro, o chamado “jus solis”, justamente porque o solo, a terra, passa a ter um valor extremo no modelo medieval. O critério “jus solis” leva em consideração o local de nascimento do indivíduo, não havendo ligação alguma com o status de seus genitores. São garantidos os direitos a todo aquele que nasce dentro de determinado território. Isto reflete a própria organização económica e social do feudalismo, na qual a terra era considerada a maior riqueza e símbolo de poder¹³. As pessoas passaram a ter laços estreitos com a terra e pertencer ao local de nascimento.¹⁴ O estrangeiro na Idade Média era, então, aquele estranho à terra. Aquele que vinha de outros territórios.

A organização político-administrativa medieval era instável e heterogênea. A lei é a lei do suserano. Nesse sentido, a capacidade de gozo de direitos era diferente em cada unidade política. Consequentemente os tratamentos aos estrangeiros eram muitos e variados a depender da unidade política na qual se encontrava. Genericamente, o estrangeiro não era proprietário de terras, não podia receber ou transmitir bens via testamento, pagava impostos para casar-se ou exercer comércio e podia ser preso por dívida antes mesmo de julgado.¹⁵

Rui de Albuquerque e Martim de Albuquerque¹⁶ ressaltam a existência de dois institutos jurídicos que afetavam os estrangeiros durante a Idade Média. O primeiro deles era o “direito de albinágio”, segundo o qual o senhor feudal, a partir do século XI, e o rei, a partir do século XIV, apoderam-se dos bens dos estrangeiros que morrem sem deixar herdeiro direto no reino. Ou seja, um herdeiro de fora do reino não poderia reclamar os bens do falecido. O segundo é o “direito de represaria” que permitia aos nativos se

¹³ MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 13 ed. revista e ampliada, Rio de Janeiro. Renovar. 2001. p. 932

¹⁴ O critério *juris sanguinis* foi consagrado pelo Código de Napoleão e foi disseminado por toda Europa do século XIX. Na América, por sua vez, em razão de sua colonização e os constantes fluxos migratórios em diferentes épocas, prevalece a tradição *juris solis*. O novo mundo tinha o interesse de fazer com que os estrangeiros se sentissem membros da comunidade nacional o quanto antes, ao passo que a Europa, zona de emigração, pretendia manter o vínculo com os que deixavam seus territórios, bem com seus descendentes.

¹⁵ NEVES, Alexandra Chícharo. **Os Direitos do Estrangeiro: Respeitar os Direitos do Homem**. Teses: 36. Lisboa. 2011. p. 29.

¹⁶ ALBUQUERQUE, Rui de. ALBUQUERQUE, Martim de. **História do Direito Português**. Vol. I, tomo II. Lisboa. 1983. pp. 114-ss.

apoderarem de qualquer bem do estrangeiro para compensação de ofensas que tivessem sofrido no lugar de origem deste.

A presença do cristianismo, as invasões bárbaras, o feudalismo, todos estes elementos contribuía para um fracionamento do poder. Esse quadro de heterogeneidade, sem dúvida, contribuiu para que a Idade Média fosse um período de pouca liberdade e igualdade.

Já no fim da Idade Média, o surgimento de embates entre o rei e a nobreza fez com que aquele visse nos estrangeiros importantes aliados, fundamentais para seu fortalecimento económico e, sobretudo, político.¹⁷ Por esta razão, o estatuto do estrangeiro vai se modificando e aos poucos alguns direitos lhe são estendidos, na medida em que a figura do rei era também fortalecida novamente.

Como exemplo disso, merece destaque o surgimento do “consulado”, consequência do crescimento da movimentação de pessoas em razão do comércio internacional e das Cruzadas. Especialmente no Sul da Europa, os estrangeiros passam a escolher, de entre eles, um magistrado para resolver seus litígios. Em Portugal, por exemplo, a Carta de D. Afonso IV, em 1338, concedeu aos florentinos a possibilidade de escolherem, entre eles, o cônsul com jurisdição sobre todos os litígios que opusesse concidadãos. D. Fernando atribuiu o mesmo privilégio genericamente a todos os estrangeiros no que toca a pleitos entre eles e concedeu aos ingleses um juiz privativo para os litígios entre eles e portugueses.¹⁸

A partir do século XIV as ideias de igualdade e dignidade do homem renascem. O homem é trazido ao centro do pensamento filosófico, o qual exaltava a razão e a vontade humana. O mundo se preparava para a Idade Moderna.

O início da Idade Moderna é marcado pela consagração do Estado como principal célula política nas relações internacionais. O Estado substitui a multiplicidade de unidades políticas que existia na Idade Média. Houve uma centralização de poder que se tornou possível através de uma aproximação entre a burguesia e a monarquia. Os burgueses,

¹⁷ NEVES, Alexandra Chícharo. **Os Direitos do Estangeiro: Respeitar os Direitos do Homem**. Teses: 36. Lisboa. 2011. p. 30.

¹⁸ ALBUQUERQUE, Rui de. ALBUQUERQUE, Martim de. **História do Direito Português**. Vol. I, tomo II. Lisboa. 1983. p. 114-ss.

comerciantes, foram fundamentais para o fortalecimento da figura do rei, um tanto quanto enfraquecida no período medieval. Isso porque, a concentração de poder em uma só figura, significava também uma uniformização das leis e da moeda, o que favorecia o comércio. Essa aproximação da burguesia com o monarca foi capaz de romper com as estruturas dispersas do feudalismo.

Além disso, a Idade Moderna trouxe consigo a consagração da territorialidade. Ou seja, todos os que se encontravam no território do reino (mais ampliado que dos feudos) estavam submetidos às regras deste. A junção desses elementos – fortalecimento do Rei como concentração do poder político e a consagração da territorialidade – foram fundamentais ao surgimento de um dos maiores legados da Idade Moderna: o Estado.

O conceito de soberania surge, então, como uma característica do Estado Moderno, no sentido de concretizar a afirmação de um poder supremo dentro de um limite territorial. O nascimento do Estado nacional moderno traz consigo a noção de nacionalidade, enquanto vínculo do indivíduo com o Estado. A nacionalidade passa então a ser determinante para a submissão de um indivíduo ao poder soberano. Além disso, fornecia elementos ideológicos úteis em momentos de guerras. Percebe-se que a formação dos exércitos nacionais é contemporânea do surgimento do Estado, que demonstrava seu poder através de seu contingente militar.

Temos, então, que o surgimento do conceito de nacionalidade foi útil aos Estados absolutistas para garantirem a mais completa resignação dos indivíduos ao seu dirigente (a própria encarnação do Estado), pois acaba por anular (ou absorver em si) outros critérios de pertencimento que existiam até a Idade Média. Nesse sentido, a Idade Moderna inaugura a era que vivemos hoje, na qual o estrangeiro é aquele que não é nacional, ou seja, aquele que não possui um vínculo jurídico com aquele determinado Estado-Nação.

Entender o facto de que a própria concepção de estrangeiro está, desde a Idade Moderna, ligada ao conceito de Estado, é de suma importância. Exemplo disso é o uso do termo “migração internacional”, o qual surge, então, como resultado dessa reorganização geopolítica que firma os Estados como um ente territorial no qual o governo possui autoridade sobre a população habitante dentro de fronteiras geográficas definidas. Partindo

disso, o migrante internacional, seria aquele que deixa o seu Estado de origem partindo para outro, pelas mais diversas razões.

É justamente porque existe essa ligação intrínseca entre o conceito moderno de estrangeiro e o próprio conceito de Estado, que ampliar os direitos daqueles, pode afetar certas prerrogativas estatais. Veremos isso mais detidamente, em tempo oportuno.

O Tratado de Vestefália (1648) foi o ponto crucial dessa mudança da conformação político-social. Nos dois séculos que o seguiram os indivíduos possuíam uma substancial liberdade para atravessar as fronteiras dos Estados. Havia uma atitude de hospitalidade aos estrangeiros. Isso pode ser observado nos trabalhos dos séculos XVIII e XIX. Os autores expressavam uma atitude bastante liberal no que toca ao movimento de pessoas atravessando fronteiras para trocas, comércio e outros motivos.¹⁹

O Direito, nesse primeiro período pós Vestefália, foi poucas vezes invocado para regular esta migração. Até porque o número de pessoas envolvidas nesse movimento era pequeno. Considerando a insipiência dos meios de transporte, as travessias eram feitas, em geral, a pé ou a cavalo, e os mares eram cruzados a velas.

A Revolução industrial, porém, trouxe mudanças nesse contexto. O crescente interesse pelo “novo mundo” causou ondas migratórias vindas da Europa e da Ásia. Migrantes asiáticos foram vítimas de preocupações racistas.²⁰ Aos poucos, as atitudes de hospitalidade e a liberalidade no cruzamento das fronteiras foram dando lugar a barreiras legais para entrada em alguns países.

É necessário lembrarmos que a sobrepujança da razão presenciada pela Idade Moderna culminou também no nascimento daquilo que hoje entendemos por Direitos Humanos. No bojo das ideias iluministas, está a concepção de direitos que são inatos a todos os homens, como a igualdade, a dignidade, a liberdade, entre outros. Direitos estes que deveriam, através do contrato, ser geridos pelo Estado²¹ e mais, seriam oponíveis ao próprio Estado. Passou-se a pensar pela perspectiva dos governados e não mais dos

¹⁹ Nafzger, James. **The General Admission of Aliens under International Law**. American Journal of International Law 77, 1983. p. 804.

²⁰ Vide casos Nishimura Ekiu vs. EUA (1891) e Yamataya vs. Fisher (1903).

²¹ Em uma perspectiva Lockeana e liberal.

governantes.²² É nesse contexto de fortalecimento do individualismo, do nominalismo, do direito secular e laico, que o mundo presencia a formulação do conceito moderno de Direitos Humanos.

Foi no século XVIII que a ideia dos Direitos Humanos passou a se afirmar como um paradigma mais concreto, com a positivação das primeiras declarações. Podemos afirmar que os primeiros documentos de Direitos Humanos, surgiram de períodos e contextos sociais muito específicos. Especialmente das lutas emancipatórias dos Estados Unidos e revolucionárias da Europa Ocidental. Por esse motivo, uma das principais características desses primeiros documentos é o nacionalismo.

Um exemplo paradigmático disto são os direitos decorrentes da Revolução Francesa. Sem dúvida, este evento foi marcante no desenvolver dos Direitos Humanos, considerando que elaborou as bases do Estado democrático moderno, combatendo o “*ancien régime*”. Nesse contexto, porém, os Direitos Humanos, são analisados em um recorte histórico, geográfico e social, de cunho fortemente nacionalista. Os direitos emanados da Revolução tinham como destinatário os cidadãos franceses e não podem ser enxergados como direitos transferíveis a toda a humanidade. Portanto, não abrangem, ao menos inicialmente, os estrangeiros. Ao contrário, tais documentos trouxeram “o fortalecimento de um nacionalismo exacerbado e xenófobo, conducente a atitudes cada vez mais hostis em relação aos estrangeiros”²³.

1.2 A pós-modernidade e os novos contornos à figura do estrangeiro

Na continuação deste apanhado histórico, chegamos ao século passado. Na passagem do século XIX para o século XX, o imigrante, o estrangeiro, o “outro”, passou a ser objeto do campo sociológico, mas não só. A antropologia, a economia e a psicologia

²² STEUDEL, Adelângela. **Jusnaturalismo Clássico e o Jusnaturalismo Racionalista**. Revista Publ. UEPG Ci. Hum., Ci. Soc. Apl., Ling., Letras e Artes, Ponta Grossa, 15 (1) 43-52, jun. 2007. p. 49.

²³ SOARES, Guido. **Os direitos humanos e a proteção dos estrangeiros**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 99. 2004. p. 406.

também buscaram compreendê-lo.²⁴ Diversos autores²⁵ se lançaram ao desafio de entender a figura do estrangeiro em seus diferentes aspectos. Destacamos aqui, apenas dois deles.

Georg Simmel foi um dos sociólogos que se debruçaram sobre a figura do estrangeiro. Como judeu, na Alemanha, sentia-se estrangeiro, pois era tratado como tal. Realizou um ensaio bastante curto, mas com uma fecunda abordagem construtivista, como era seu costume, por volta de 1908, no qual mostrava sua preocupação com os modelos sociais que a metrópole moderna produzia. Simmel escreve em uma Berlim em movimento com a modernidade, com o capitalismo que ganhava corpo.

O Autor distingue o estrangeiro e o viajante. O viajante é aquele que chega no novo grupo hoje pretendendo partir amanhã. Ele não se fixa, é puramente errante. O estrangeiro, por sua vez, ao mesmo tempo que tem a característica da errância, pois se destacou de todos os pontos no espaço, é também dotado de fixidez, pois chega para ficar.

Simmel apresenta o estrangeiro como um sujeito ambivalente, que provoca dimensões opostas: pertencimento e ruptura, distanciamento e proximidade, indiferença e envolvimento. Ao mesmo tempo essa figura social tem a tendência de permanecer nas margens, atrair e estar no centro das atenções. Sua presença, mesmo marginalizada, reforça os vínculos internos à comunidade. Pertence, mas não é parte. Ao mesmo tempo em que suscita fascínio pelo novo, gera o temor pela instabilidade.

Na primeira metade do século XX, as leis nacionais acerca das migrações cresceram em número, mas as normas internacionais sobre o tema evoluíram de forma bastante rudimentar. A essa altura, a discussão estava dentro do plano de cada Estado, e apenas alguns estudiosos reconheciam seu valor internacional a nível acadêmico. Entre estes, destacamos Luis Varlez, que em 1927, definiu, pela primeira vez, o termo “*International Migration Law*” como sendo “*the body of international norms applicable to*

²⁴ TEDESCO, João Carlos. **Estrangeiros, extracomunitários e transnacionais: paradoxos da alteridade nas migrações internacionais : brasileiros na Itália**. 1 ed. EDIPUCRS, 2010. p. 27.

²⁵ Por exemplo: Freud, no âmbito da psicanálise em suas obras *O Estranho* (1919) e *O mal-estar na civilização*; Nobert Elias e Scotson, Ingleses que escreverem em meados da década de 1950, demonstrando processos de construção social da marginalidade, especialmente na obra *Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade*; Alfred Schutz, nome expoente da fenomenologia do século XX, pensou o estrangeiro através de uma concepção simbólico-culturalista, evidenciando noções como as de cotidianidade, grupos sociais de referência, mundo social, modelos culturais, saber e pensar comuns; Habermas, ao estudar *A inclusão do outro*; Albert Camus em *O estrangeiro*.

migration”. Para Varlez, a questão dos imigrantes era mais uma questão internacional do que nacional.²⁶

Então, podemos dizer que em termos gerais a expressão “Direito Internacional da Migração” surgiu em um momento em que já se discutia migração internacional, e em que a figura do estrangeiro estava fortemente vinculada à ideia de não pertencimento a determinado Estado. O tratamento da migração era quase predominantemente realizado por leis nacionais. O termo “Direito Internacional da Migração” surge como um contraponto a essa realidade, com o objetivo de demonstrar que a migração também era assunto internacional, principalmente considerando o contexto de milhões de refugiados europeus da primeira guerra e da revolução russa de 1917.

O período entreguerras, foi um tempo de pouco desenvolvimento das normas internacionais relativas à migração. No entanto, algumas áreas eram foco de interesse. Podemos citar ao menos três assuntos que receberam regulamentações nesse período. O primeiro deles é a nacionalidade. A “Convenção da Haia de 1930 sobre Determinadas Questões Relativas aos Conflitos de Leis sobre a Nacionalidade” e seus protocolos, são prova disso.

Outro tópico de preocupação no entreguerras era, como já dissemos, o enorme número de refugiados europeus deixados pela primeira grande guerra, bem como aqueles deixados pela Revolução Russa de 1917. Dois documentos foram criados sobre o assunto. A Convenção sobre o Estatuto Internacional dos Refugiados, cujo texto foi concluído em 28 de outubro de 1933 e a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados provenientes da Alemanha, de 1938. Esses documentos são os precursores do regime legal para refugiados nascido no pós-segunda guerra.

Um terceiro ponto de interesse nesse período foi a eliminação da exploração pelo trabalho forçado, tráfico humano e escravidão. As dimensões globais desses problemas fizeram com que fossem necessárias ações também a nível global.²⁷ Consequência disso, nasce a Organização Internacional do Trabalho, que concluiu a Convenção n.º 29 sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório, em 1930.

²⁶ VARLEZ, Louis. **Les migration internationales et leur réglementation**. Recueil de cours. 1927. p. 165.

²⁷ Podemos citar a Convenção sobre escravatura de 1926.

No entanto, a efetiva consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos só ocorre após a Segunda Guerra Mundial. Este evento transformou as estruturas internacionais globais. As desigualdades entre os povos foram acentuadas pelo conflito bélico e pelo genocídio ocorrido. As graves violações de direitos que a guerra trouxe fizeram com que o mundo, em período pós-conflito, se preocupasse em estabelecer os Direitos Humanos como uma diretriz a ser observada nas relações entre os países e não só entre o indivíduo e o seu Estado.

O mundo se preocupava com o fortalecimento da paz e da condição digna dos seres humanos. Era necessária a reconstrução dos Direitos Humanos como referencial e paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável e aproximar o direito da moral.²⁸

Neste contexto emerge no ocidente, uma instituição de caráter democrático a qual visa precipuamente o respeito pelos direitos fundamentais e objetiva fortalecer as noções (há muito fragilizadas) de paz e cooperação internacionais: a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945. O que a chamada “era ONU” trouxe de modificações nos paradigmas relacionados à migração internacional?

Começamos pela Declaração Universal de Direitos do Homem, datada de 1948. Ao contrário desses primeiros documentos de Direitos Humanos, que, como já dissemos, foram marcados pelo nacionalismo, a Declaração Universal de 1948 foi elemento crucial para a internacionalização dos Direitos Humanos, que paulatinamente ultrapassavam as fronteiras dos Estados. Esse fenômeno, conseqüentemente, fortaleceu a noção de universalidade dos Direitos Humanos.

Sobre isso, Etienne-Richard Mbaya:

Com a criação das Nações Unidas e a adoção dos princípios da Carta da ONU, além da Declaração Universal dos Direitos do Homem, entre outros instrumentos internacionais, finalmente foi abandonada, ao menos teoricamente, a ideia da exclusividade dos direitos humanos. Vivemos, desde 1945, um período de reconhecimento da sua universalidade e *inclusividade*.²⁹

²⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 137.

²⁹ MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. **Estud. av. vol.11 no. 30. São Paulo Maio/Agosto. 1997.**

A Declaração, logo no artigo 1º traz: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

A Declaração continua, no artigo 2º:

Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, *origem nacional*³⁰ ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.³¹

Resta clara a proposta do documento em atingir todos os seres humanos. Damos destaque ao direito de não distinção entre nacional e estrangeiro, derivado diretamente do próprio valor de universalidade do qual os Direitos Humanos são dotados. Esse texto serviu de base para a elaboração de normas ainda mais bem-acabadas de proibição de diferenciação negativa entre nacionais e estrangeiros, muitas delas em tratados regionais de proteção dos Direitos Humanos.

O que queremos destacar aqui é que esse processo de internacionalização dos Direitos Humanos vivido no pós-segunda guerra, o qual foi inaugurado com a Declaração Universal de Direitos Humanos, é acompanhado do fortalecimento do argumento de que os mesmos são universais. Em outras palavras: por que os Direitos Humanos deveriam estar consagrados em documentos internacionais, que transbordassem as fronteiras estatais? Porque são direitos que englobam todos os humanos universalmente.

Expandir os Direitos Humanos do âmbito dos nacionalismos para o âmbito internacional significou elevar o homem ao patamar de sujeito do Direito Internacional. Representou, em certa medida, a superação do Direito Internacional clássico vestefaliano e a emergência de um Direito Internacional mais humano e atento aos direitos e garantias individuais. Evidentemente que a proteção dos estrangeiros toma novos desenhos com esse

³⁰ Grifo nosso.

³¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

processo. O estrangeiro, enquanto pessoa, deve ser visto como sujeito de direitos. O contrário seria uma afronta à ideia de universalidade dos direitos do homem.

Assim, se a distinção entre nacionais e estrangeiros foi, no passado, importante aos Estados por razões políticas para favorecer o fortalecimento do Estado autocrático, hoje, essa distinção não faz mais sentido. Isto se dá pela própria natureza dos Direitos Humanos, que passaram a ser entendidos como normas internacionais, ou seja, de natureza transnacional. Sobre isso, o ilustre professor Guido Soares ressalta:

Embora os direitos humanos, por sua própria natureza, não possam comportar uma distinção entre indivíduos nacionais e estrangeiros, eles foram, nos primórdios da história de seu desenvolvimento, na forma de normas do "*jus scriptum*" direitos expressos num sistema jurídico nacional fechado, dentro do qual seria possível comportar uma discriminação entre os nacionais e os estrangeiros. Mas, na medida em que a pessoa humana tem seus direitos definidos em normas internacionais, que desbordam os limites dos ordenamentos jurídicos nacionais, aquela discriminação perde sua razão de ser e, bem ao contrário, torna-se odiosa. À medida que os direitos humanos são definidos em relação a qualquer indivíduo, onde quer que se encontre, no tempo e no espaço, e que são direitos exigíveis de qualquer Estado, fazer discriminação em razão de origem nacional, passa a ser a negação da universalidade da pessoa humana.³²

No entanto, em que pese esses novos contornos dados à figura do estrangeiro, especialmente no período pós-guerra, não há como pensarmos a migração e o estrangeiro na atualidade sem levarmos em consideração as ideias de Zygmunt Bauman. Ele serviu na Segunda Guerra Mundial e conheceu sua esposa, Janine Bauman, nos acampamentos de refugiados polacos. Ao desenvolver a noção de *modernidade líquida*, observou um mundo em movimento intenso, influenciado pelas interações constantes e pelas trocas interculturais nas mais diversas esferas da vida humana. Por outro lado, como forma de reação a esses fluxos intensos e complexos, desenvolvem-se, no interior dos países destinatários desses fluxos, ideias de segregação.³³

É justamente aí que reside toda a complexidade desse período em que vivemos. No dizer de Bauman, as fronteiras dos Estados para mercadorias, capital e finanças, foram

³² SOARES, Guido. **Os direitos humanos e a proteção dos estrangeiros**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 99. 2004. p. 407.

³³ TEDESCO, João Carlos. **Estrangeiros, extracomunitários e transnacionais: paradoxos da alteridade nas migrações internacionais : brasileiros na Itália**. 1 ed. EDIPUCRS, 2010. p. 15.

derrubadas para habitantes do “Primeiro Mundo”. Estes viajam bastante, são aduzidos a viajar. Por outro lado, para os habitantes do “Segundo Mundo”, os muros constituídos pelos controles de imigração, as leis de resistência e a política de “ruas limpas” e “tolerância zero” ficaram mais altos. Viajam às escondidas, por vezes ilegalmente, e são olhados com desaprovação, quando não presos e deportados.³⁴ Na visão do autor, o estrangeiro é aquele que não se adapta aos mapas cognitivos, morais e estéticos do mundo em que se vê inserido e, por isso, provoca incertezas, desconfianças.

Com esse breve apanhado histórico pudemos verificar que a figura do estrangeiro, a depender do momento, recebeu seus contornos por diferentes critérios: o clã, a cidade, a terra, e por fim, na modernidade, o Estado. Sendo a superação da modernidade parte importante da pauta atual das ciências sociais, entendemos que esta superação exige a prévia compreensão da concepção eminentemente moderna. E partindo dela, podemos fazer um contraponto com uma nova ordem que se estabelece.

Então, temos que a figura do estrangeiro caminha, nesse período de transição paradigmática, entendido por muitos como pós-modernidade, para uma concepção a qual não tem seus contornos delimitados pelo simples pertencimento ou não ao Estado, como o era na modernidade. A figura do estrangeiro nos parece hoje mais complexa de ser estudada, uma vez que este passa, paulatinamente, a se colocar como um sujeito de direitos no plano internacional, enquanto ser humano, e não apenas enquanto pertencente a esse ou aquele Estado, ao mesmo tempo em que surgem fenômenos relacionados à segregação étnica e espacial, neoracismos, estratégias de defesa da identidade, fundamentalismos religiosos e culturais, e assim por diante.

O mundo vive um momento paradoxal no qual a diferença entre o viajante e o estrangeiro, no que toca o seu tratamento, nunca foi tão evidente. Viaja-se cada vez mais por turismo, a negócios, migra-se por necessidade em números cada vez maiores. São milhares de pessoas que coexistem, mas não são parte, que sofrem diariamente com a segregação racial e espacial, com racismos de toda natureza e que veem os muros do mundo mais fluidos do que nunca e, por vezes, mais altos do que nunca.

³⁴ BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós-modernidade**. Zahar, Rio de Janeiro. 1997. p. 27.

É pelo prisma desse novo paradigma plural e multifacetado que devemos observar o atual Direito Internacional da Migração. Ou seja, partindo de um contexto pós-moderno, de fronteiras líquidas e fluidas; partindo da ideia do paradoxo típico de nossos dias, que colocam o estrangeiro, assim como qualquer homem, como sujeito de direitos no plano internacional, consequência da própria internacionalização dos Direitos Humanos, ao passo este mesmo plano internacional vive uma era de fragmentação e especialização.

Nas últimas décadas, verificou-se um aumento do número de normas internacionais relativas à migração, nos âmbitos global, regional e bilateral. O chamado Direito Internacional da Migração se apresenta, hoje, como um conjunto de normas extremamente diversas, tanto no que tange aos temas, quando no que toca o alcance. São normas internacionais relativas ao tráfico de pessoas, resgate no mar, trabalhadores migrantes, nacionalidade e apatridia, refugiados, asilados, entre outros diversos temas. Algumas dessas normas amplamente aceitas pela comunidade internacional, outras bem menos abrangentes.

A doutrina internacionalista atual analisa a complexa temática da migração com intuito de sistematizar as normas de proteção internacional aplicadas às diferentes situações de migração, todas agrupadas sob a rubrica de Direito Internacional da Migração. De acordo com Koslowski, o regime migratório internacional, atualmente se compõe por: o regime de refúgio³⁵; o regime de viagem internacional, que regula o movimento de pessoas, incluindo a migração indocumentada; e o regime de migração laboral, que regula o acesso aos meios de vida no exterior.³⁶

Afirmar que o Direito Internacional da Migração se apresenta como um imenso quebra-cabeça, ou que essas normas clamam por reformulações e sistematizações por não se apresentarem de uma forma coerente e integrada³⁷, não afeta o facto de sua existência. O Direito Internacional da Migração existe juntando em si vários aspectos do fenômeno migratório e agrupando normas que, usualmente são consideradas parte do Direito

³⁵ Apesar de alguns já o considerarem um regime autónomo.

³⁶ Apud. CLARO, Carolina. A proteção dos “refugiados ambientais” no Direito Internacional. Tese. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. p. 30.

³⁷ OPESKIN, B.; PERRUCHUD, R.; CROSS, J. **Conceptualising international migration law**. In. Foundations of International Migration Law. Cambridge University Press. Cambridge. 2012. p. 7.

Internacional dos Direitos Humanos, do Direito Internacional dos Refugiados, do Direito Internacional Humanitário, entre outros.

Em um contexto mais ampliado, a superação da modernidade também afeta o estudo do Direito Internacional, como um todo. Hoje não mais nos parecem coerentes conceitos herméticos e puramente tecnicistas das clássicas teorias positivistas modernas. Temos um Direito Internacional menos rudimentar e muito mais complexo, que exige aplicação de normativas que se sobrepõem internacionalmente de maneira concorrente e vinculante.

Cada âmbito particular do interesse humano, paulatinamente passa a se estruturar juridicamente como um sistema legal dotado de axiomas e regras aplicáveis, a princípio, apenas às situações fáticas submetidas a sua respectiva e específica ordem normativa. O estudo do Direito Internacional atual parece, assim, não homenagear mais o clássico conceito positivista de um único sistema legal logicamente ordenado e hierarquicamente diferenciado. Distintos fenômenos, mormente políticos, converteram o que era uno e indivisível em um aparente pluralismo, ou seja, em uma pluralidade de regimes.³⁸

Isso nos leva, forçosamente, a uma discussão um pouco mais ampla: a que gira em torno da fragmentação do Direito Internacional, fenômeno que teria dado causa aos regimes legais autônomos.

1.3 A fragmentação do Direito Internacional, os regimes autônomos e o estabelecimento do Direito Internacional da Migração.

Nas últimas décadas, a lógica da unidade passou a ser substituída por teorias fragmentárias, as quais se baseiam na estruturação do Direito Internacional em uma série de esferas temáticas que, principalmente no âmbito das organizações internacionais, normatizam a ordem global em sistemas aparentemente autônomos.

A fragmentação do plano social internacional acaba por afetar o plano jurídico internacional, pois consequentemente cria normas ou complexos de normas, instituições ou

³⁸ VASCONCELOS, Raphael. **Direito Internacional: entre unidade e fragmentação: MERCOSUL e o Multilateralismo**. Tese. Universidade de São Paulo. 2010. p. 168.

esferas de prática jurídica especializadas. O que antes era regido pelo Direito Internacional geral, agora está no campo de vários direitos, cada um dos quais possuindo seus princípios e suas instituições. Direitos esses cujas aparições derivam da necessidade de resposta a novas necessidades técnicas e funcionais. É nesse contexto de fragmentação do direito que nascem, por exemplo, o Direito Ambiental Internacional, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, e o Direito Internacional Penal, entre outros.

Outro fator importante, o qual deve ser ressaltado, nessa dinâmica de vigorosa produção legislativa transnacional especializada consiste na participação cada vez menor dos Estados. Estes, os clássicos sujeitos de Direito Internacional estão cedendo seu lugar a outros sujeitos legiferantes no plano internacional. As normas internacionais têm se desprendido dos ordenamentos jurídicos nacionais e aderido a estruturas formais internacionais compartilhadas, tal qual, por exemplo, aquelas consideradas supranacionais. A atenuação do papel dos Estados, bem como a multiplicidade de regimes normativos, e ainda a abundante e descentralizada produção legislativa transnacional seriam, de certo, fenômenos caracterizadores do pluralismo legal.³⁹

A Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas, em sua 52ª sessão, sob a presidência de Chusei Yamada, do Japão, incluiu o tema “risks ensuing from the fragmentation of international law” em seu programa de trabalho em longo prazo no ano 2000. A Comissão assim o fez por entender que, em que pese ser um tópico diferente daqueles que em geral era objeto de preocupação da comissão, merecia estudo, considerando que a comunidade internacional tomava novos contornos, que precisavam ser estudados e compreendidos.

O volume de tratados multilaterais crescia e eles vinham acompanhados de diversos regimes regulatórios mais ou menos oficiais. As partes da sociedade passavam por uma crescente especialização e por uma conseqüente autonomização. A globalização apresenta um paradoxo, pois ao mesmo tempo em que traz uma crescente uniformização da vida social, conduz à sua fragmentação, ou seja, à aparição de estruturas especializadas e relativamente autónomas. A Comissão precisava entender os riscos que esse fenômeno trazia para a unidade do Direito Internacional.

³⁹ VASCONCELOS, Raphael. **Direito Internacional: entre unidade e fragmentação: MERCOSUL e o Multilateralismo**. Tese. Universidade de São Paulo. 2010. p. 169.

Nessa mesma sessão, em 2000, foi apresentado um estudo de viabilidade por Gerhard Hafner, o qual serviu para delimitar os estudos que se iniciavam. Nesse estudo, Hafner presumia que não há um sistema homogêneo de Direito Internacional. O Direito Internacional existente não consiste em uma ordem jurídica, mas é composto eminentemente por diferentes sistemas parciais, produzindo um sistema não-organizado composto por partes cujos comportamentos não apresentam regularidade ou uniformidade e que são estruturados cada qual à sua maneira.⁴⁰

Ainda assim, o Direito Internacional possui, sem dúvida, um fator positivo: o de promover o império do direito nas relações internacionais. No entanto, está exposto ao risco de atritos e contradições entre essas várias regulações jurídicas e mesmo à possibilidade dos Estados terem de cumprir obrigações mutuamente excludentes, o que acarretaria inevitavelmente responsabilidade internacional. É justamente aí que, segundo Hafner, está fincado o papel da Comissão de Direito Internacional, qual seja, buscar a estabilização do direito e, conseqüentemente, das relações internacionais. Uma vez que a fragmentação ameaça a estabilidade, a coerência e o caráter sistêmico do Direito Internacional, o estudo dos meios de superar seus efeitos adversos seria parte das tarefas da Comissão.⁴¹

Na 54ª sessão da Comissão, em 2002, quando restou decidido o início de estudos preliminares sobre a fragmentação, surgiu a preocupação acerca da conotação negativa dos termos “risks” e “fragmentation”, presentes no trabalho de Hafner e adotados na designação do tópico de estudo. Tais termos poderiam ser enxergados como uma manifestação contrária à expansão do Direito Internacional para novas áreas. Assim, o grupo de estudos decidiu pela modificação do título do tópico para “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law”⁴², e buscou mostrar os pontos positivos e negativos do fenômeno.

O grupo partiu da ideia de que a fragmentação não é um fenômeno tão recente, mas próprio de um mundo fragmentado, e que decorre de forma natural da própria expansão do

⁴⁰ HAFNER, Gerhard. **Risks ensuing from fragmentation of international law**. In: COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Report of the fifty-second session. 2000. A/55/10. Disponível em: <<http://untreaty.un.org/ilc/reports/2000/repfra.htm>>. Acesso em 6 fev. 2017. p. 143-144.

⁴¹ Idem. p. 144.

⁴² O relatório que deriva deste estudo, possui o mesmo nome.

Direito Internacional. Tal fenômeno impõe, de facto, riscos e desafios à unidade e coerência do Direito Internacional e o trabalho da Comissão deveria ter como objetivo o enfrentamento e a superação destas questões. Em contrapartida, também há aspectos positivos a serem considerados, entre eles: a expansão do Direito Internacional é um sinal de sua vitalidade; a proliferação de normas, regimes e instituições podem fortalecer o Direito Internacional; com sua expansão e diversificação, o Direito Internacional atinge áreas outrora ignoradas; é vantajosa a existência de uma pluralidade de vozes e valores jurídicos e de um sistema policêntrico de Direito Internacional.⁴³

Antes de propriamente iniciar os trabalhos, o grupo considerou a atipicidade do assunto, e resolveu não aplicar os métodos de trabalho usuais da Comissão de Direito Internacional – esboçar um tratado ou uma declaração – preferindo submeter um relatório à Assembleia Geral, apresentando uma visão do estado da evolução do Direito Internacional, com ênfase no crescimento da fragmentação.

Para tanto, restaram definidos cinco tópicos de estudo:

- (a) The function and scope of the *lex specialis* rule and the question of “self-contained regimes”;
- (b) The interpretation of treaties in the light of “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties” (article 31, 3, c, of the Vienna Convention on the Law of Treaties), in the context of general developments in international law and concerns of the international community;
- (c) The application of successive treaties relating to the same subject matter (article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties);
- (d) The modification of multilateral treaties between certain of the parties only (article 41 of the Vienna Convention on the Law of Treaties);
- (e) Hierarchy in international law: *jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 of the Charter of the United Nations, as conflict rules.⁴⁴

Estabelecido isto, os trabalhos deveriam ser iniciados pelo primeiro tópico idealizado: a norma *lex specialis*, sua função e alcance e a questão dos regimes especiais (self-contained regimes). Foi definido que o presidente do grupo de estudos apresentaria um estudo sobre este tópico no ano seguinte

⁴³ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Report of the fifty-fourth session (2002). A/57/10. Disponível em: <<http://legal.un.org/ilc/reports/2002/>> Acesso em 23 mar. 2017. p. 238-239.

⁴⁴ Idem. p. 241.

Na 55ª Sessão, em 2003, a Comissão substituiu o presidente do grupo de estudos, Bruno Simma, que fora eleito juiz da Corte Internacional de Justiça, ficando em seu lugar Martti Koskenniemi.

As discussões dessa sessão trouxeram uma importante constatação. Percebeu-se que era possível estudar a fragmentação por duas perspectivas distintas: uma institucional e outra substancial. A primeira diz respeito à coordenação e hierarquia entre instituições, bem como à necessidade dos vários atores, em especial os tribunais, atentarem para as decisões uns dos outros, de modo a primar-se pela coesão. A segunda perspectiva, a substancial, era relativa ao processo pelo qual a substância do Direito Internacional em si mesma poderia haver se fragmentado em regimes especiais entre os quais haveria uma ausência de coerência ou cujas disposições seriam contraditórias.

Partindo disso, decidiu-se que “the Commission was not being asked to deal with institutional proliferation”, portanto, tratariam especificamente da perspectiva substancial do fenômeno da fragmentação.⁴⁵

Em 2006, na 58ª Sessão da Comissão de Direito Internacional, foram submetidos os resultados finais. Foram apresentados um relatório analítico⁴⁶, mais extenso, e um conjunto com 42 conclusões, que sintetizam o trabalho realizado.

Como o nosso objetivo é verificar como o Direito Internacional da Migração se posiciona dentro, ou em relação ao Direito Internacional cabe a nós nos debruçarmos sobre conceitos como: lei especial ou regime legal autónomo. Faremos isso adiante, tendo como base os tópicos C2 e C3 do Relatório, tópicos estes denominados “A função e o alcance do princípio da *lex specialis*” e “Regimes autónomos (especiais)”, respectivamente.⁴⁷

O princípio segundo do qual uma lei especial derroga lei geral é amplamente aceito no âmbito da interpretação jurídica e vastamente utilizado para a solução de conflitos normativos. Segundo este princípio, se uma matéria está regulada por uma norma geral e por uma norma específica, esta última deve prevalecer.

⁴⁵ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Report of the fifty-fifth session (2003). A/58/10. Disponível em: <<http://legal.un.org/ilc/reports/2003/>>. Acesso em: 23 mar. 2017. p. 269.

⁴⁶ Doravante chamado apenas de “Relatório” por uma questão de economia textual.

⁴⁷ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law**. 2006. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2017.

Esse princípio tem também no Direito Internacional uma ampla tradição. Grócio formulou com bastante clareza as razões que justificam a aplicação dessa máxima. Segundo ele, uma norma especial se aproxima mais da matéria tratada e, por vezes, reflete melhor a própria vontade das partes.⁴⁸

No entanto, esta relação entre norma específica e norma geral pode se dar de duas formas. A primeira quando a norma específica deve ser lida e interpretada dentro dos limites da norma geral, como se dela decorresse, como se fosse uma atualização ou especificação técnica da norma geral. Neste caso, tanto a especial quanto a geral apontam para o mesmo sentido. A segunda situação, um pouco mais complexa, ocorre quando lei geral e lei especial marcam direções incompatíveis, conflituosas.

Alguns se posicionam no sentido de que apenas no segundo caso, ou seja, em situação de conflito, se aplicaria o princípio da *lex specialis*. Este é o entendimento da Organização Mundial do Comércio e, durante algum tempo, foi o entendimento da própria Comissão de Direito Internacional da ONU. Vejamos:

Para que se aplique o princípio da *lex specialis* não é suficiente que existam duas disposições que tratem das mesmas questões, deve existir na prática certa discrepância entre elas, ou bem a intenção discernível de que uma disposição exclua a outra.⁴⁹

No entanto, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a própria Corte Internacional de Justiça consideram a aplicação de *lex specialis* também no caso de não haver nenhum conflito aparente entre a norma específica e a geral, ou seja, mesmo quando ambas puderem ser aplicadas simultaneamente.⁵⁰ O que, aparentemente, fez com que a

⁴⁸ GROTIUS, Hugo. **De Jure belli ac pacis**. Libri Tres, ed. por James Brown Scott, The Classics of International Law (Oxford: Clarendon Press, 1925), libro II, cap. XVI, sec. XXIX, p. 428.

⁴⁹ Comentário ao art 55 do Projeto de artigos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre a responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos. Disponível em: < http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017.

⁵⁰ Um exemplo disso é o caso relativo ao projeto Gabčíkovo-Nagymaros. A Corte se manifestou da seguinte forma: “ la Cour ait constaté que le traité de 1977 est toujours en vigueur et régit par conséquent les relations entre les Parties. Ces relations sont certes aussi soumises aux règles des autres conventions pertinentes auxquelles les deux Etats sont parties, aux règles du droit international général et, en l'espèce, aux règles de la responsabilité des Etats; mais elles sont gouvernées avant tout par les règles applicables du traité de 1977 en tant que *lex specialis*.” Caso relativo ao Proyecto Gabcikovo-Nagymaros CORTE INTERNACIONAL

Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, no relatório em que tratamos, se posicionasse também dessa forma.

Según la jerarquía oficiosa analizada más arriba, se aplica la ley especial, y eso es todo, a no ser que un tercero plantee la cuestión del *jus cogens* o de una obligación previa que pudiera prevalecer sobre la ley especial.⁵¹

Pois bem, ocorre que a aplicação do princípio da *lex specialis* não é automática. O relatório traz ao menos duas dificuldades em sua aplicação. Primeiramente, trata-se de uma árdua tarefa distinguir o geral do particular. Isso se deve ao facto de que toda norma geral é também, em certo âmbito particular, porque trata de uma matéria em específico. Por exemplo, existe um viés especial nas regras gerais de direito humanitário. Por outro lado, toda norma especial é também geral, ao passo que se aplica a toda uma classe, genericamente.⁵²

Então, podemos dizer que a generalidade e a especialidade são, pois, relativas. Uma regra nunca é especial ou geral se não em relação a uma outra, devendo ser observados os critérios relacionados à matéria de que tratam e ao número de autores que abarcam.

A segunda dificuldade apontada na aplicação do princípio da *lex specialis* é a sua relação pouco clara com outras normas de interpretação ou solução de conflitos, como o princípio da *lex posterior* ou a própria noção de hierarquia.

É evidente que não existe uma hierarquia formal entre as fontes do Direito Internacional. No entanto, podemos dizer, na esteira daquilo trazido pelo próprio relatório, que há uma hierarquia informal. Por exemplo: lei geral não tem o estatuto de *jus cogens*. Os tratados gozam de precedência em relação ao costume e os tratados especiais têm prevalência em relação aos gerais. Ainda, pode-se dizer que os costumes locais devem

DE JUSTIÇA. Hungria vs. Eslovaquia. 1997. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/en/case/92> > Acesso em: 17 mar. 2017, p. 76, (par. 132).

O que se percebe é que a Corte não se pronunciou sobre a relação do tratado de 1977, lei especial, com o restante do ordenamento jurídico. A possibilidade de a lei geral oferecer uma solução similar ou diferente era irrelevante. A existência de lei especial sobre o assunto levou a excluir a aplicação de qualquer outro tratado e das normas gerais sem que nunca chegasse a ser produzido qualquer conflito.

⁵¹COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law**. 2006. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2017. p. 57

⁵² Idem. p. 67.

prevalecer sobre as normas consuetudinárias gerais. Isso não provem de nenhuma norma positivada, mas sim da própria racionalidade jurídica.

Em assim sendo, a aplicação do princípio da *lex specialis* não está restrito apenas à relação entre dois tratados. Antes, pelo contrário, pode o princípio ser aplicado entre normas de um único instrumento ou entre norma convencional e outra não convencional ou, ainda, entre duas normas não convencionais, e assim por diante.

É partindo dessas análises acerca do princípio da *lex specialis* que o relatório, em seu segmento C-3, chega às discussões conceituais e jurídicas acerca dos chamados “regimes autónomos”. Debrucemo-nos sobre elas.

Segundo o relatório, o conceito de “regime autónomo” emerge de uma interpretação do artigo 55 do “Projeto de artigos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre a responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos”. E é, portanto, dele que devemos partir a fim de construirmos este conceito que balizará todo o decorrer desse escrito. Tal artigo tem a seguinte redação:

Art. 55. *Lex specialis*

Estes artigos não se aplicam se e na medida em que as condições de existência de um ato internacionalmente ilícito, o conteúdo ou a implementação da responsabilidade internacional de um Estado são regidas por normas especiais de Direito Internacional.⁵³

No comentário a este artigo, a própria Comissão difere as “normas especiais” (*lex specialis*) em dois tipos: as fracas – tais como determinadas disposições de um tratado sobre uma única questão – e as fortes – aquelas que se apresentam como regimes completos em si.⁵⁴ Assim, a comissão, então, conceituou “regimes autónomos” como

⁵³ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Projeto de artigos sobre a responsabilidade internacional dos estados. 2002. Disponível em: < http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>. Acesso em 17 mar. 2017.

⁵⁴ Comentário ao art 55 do Projeto de artigos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre a responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos. Disponível em: < http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2017.

sendo “uma subcategoria (a saber, uma forma forte) de lei especial dentro das normas relativas à responsabilidade do Estado”.⁵⁵

O comentário traz dois exemplos do que seria formas fortes de *lex specialis*. O primeiro deles seria o trazido pela Corte Internacional de Justiça no caso do Pessoal Diplomático e consular americano em Teerã, em 1980, e pela Corte Permanente de Justiça Internacional no caso SS. Wilbledon, em 1923.⁵⁶ De cada um desses dois julgados, o relatório extrai um conceito para o termo “regime autónomo”: um em sentido estrito e outro em sentido amplo.

Primeiramente, no “caso do pessoal diplomático e consular dos Estados Unidos em Teerã”⁵⁷, o Tribunal identificou o direito diplomático como um regime autónomo. Para o Tribunal, as normas do Direito Diplomático constituem um regime autónomo porque, por um lado, estabelecem obrigações ao Estado receptor no que toca aos serviços, prerrogativas e imunidades que se devem outorgar às missões diplomáticas; e, por outro, prevê a possibilidade de que os membros das missões possam cometer abusos e estabelece os meios de que dispõe o Estado receptor para opor-se a esse tipo de abuso.

Assim, como uma extração desse caso, “regimes autónomos”, em sentido estrito, são aqueles conjuntos especiais de leis que têm, em si, meios de reação frente a um incumprimento e essas normas secundárias prevalecem sobre as normas gerais relativas às consequências de uma violação.

O segundo conceito, um pouco mais amplo, emerge do caso SS Wimbledon. O caso trata do Estatuto do canal de Kiev, ao qual se aplicavam tanto normas gerais sobre cursos d’água internos, quanto às normas especiais do próprio canal. Sobre o facto de coexistirem dois tipos de normas sobre o assunto, a Corte teve que se manifestar:

“Une section spéciale a été créée à la fin de la Partie XII, (...) et dans cette section special, des règles exclusivement propres au Canal de Kiev ont été insérées; ces règles diffèrent sur plus d’un point de celles auxquelles d’autres

⁵⁵ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law**. 2006. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2017. p. 73.

⁵⁶ Citados propositalmente fora da ordem cronológica, já que de cada caso se extrai um conceito para o termo “regime autónomo” e gostaríamos de partir do mais restrito ao mais amplo.

⁵⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **EUA vs. Irã**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/64/9544.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

voies navigables intérieures de l'Empire (...). Les stipulation du traité de Versailles relatives au Canal de Kiev se suffisent donc à elles-mêmes. (...) Ce n'est pas dans un argument d'analogie avec les stipulation relatives à des autres voies navigables intérieures, mais bien plutôt dans um argument *a contrario* que les exclut.”⁵⁸

Desse posicionamento do tribunal se extrai, um segundo conceito, agora em sentido amplo, segundo o qual, “regime autónomo” seria aquele composto por conjuntos inter-relacionados de normas primárias e secundárias, as quais são frequentemente chamadas de “sistemas” ou “subsistemas” de normas, que abordam um problema particular de uma maneira diferente das normas de Direito geral.⁵⁹

A noção de “regime autónomo” pode ser ainda mais extensiva e ampla do que a trazida por esse segundo conceito. O Relatório da Comissão sobre Fragmentação do Direito Internacional traz a possibilidade de, por vezes, o termo englobar domínios inteiros de especialização funcional. Segundo ele, no plano doutrinário, entendem-se como autónomos todos e quaisquer regimes que trazem em si princípios próprios, normas e técnicas especiais de interpretação e administração.⁶⁰ Por exemplo, âmbitos tais como o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional do Meio Ambiente, o Direito Humanitário, o Direito do Espaço ou ainda o Direito da União Europeia.

Nesses casos, as normas gerais de Direito Internacional se modificam ou até mesmo se excluem em sua aplicação. Frequentemente fala-se em princípios próprios de cada um desses ramos. Como: princípios internacionais de Direitos Humanos, ou princípios de Direito Ambiental Internacional, dando a entender que esses princípios se diferem daqueles que o direito geral estabelece para aplicação em situações semelhantes.

Nesse terceiro sentido, mais amplo deles, “regime autónomo” tem a ver com a existência de efeitos resultantes de diretrizes próprias de interpretação e orientações que de alguma forma se afastam das normas gerais de direito. Compreende, então, um conjunto de

⁵⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Grã-Bretanha *et al.* vs. Alemanha. 1923. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_01/03_Wimbledon_Arret_08_1923.pdf> . Acesso em: 17 mar. 2017.

⁵⁹ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law**. 2006. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2017. p. 75-76.

⁶⁰ *Idem* p. 76.

sistemas e normas inter-relacionadas de diferentes formas que em maior ou menor medida colocam em situação de prejudicado o direito geral.

Em resumo, temos: A) um primeiro conceito, estrito, relacionado especialmente à noção de normas secundárias, que coloca os regimes autónomos como um conjunto de normas especiais fortes relativas à responsabilidade do Estado. Leis que têm em si meios de reação ao descumprimento; B) um segundo conceito, um pouco mais amplo, que considera regimes autónomos conjuntos de normas (primárias e secundárias) que abordam um tema particular de uma forma diferente de como o direito geral aborda, excluindo-o; e C) por último, um conceito que entende como regimes autónomos domínios inteiros de especialização do direito, que tem métodos próprios de interpretação, aplicação e especialmente, princípios próprios, que diferem do direito geral.

Partindo desse contexto de fragmentação do Direito Internacional e do surgimento de regimes autónomos, e principalmente considerando esses três conceitos trazidos pelo relatório, continuaremos a nossa investigação. O propósito desse segundo momento é avaliar a autonomia do Direito Internacional da Migração.

Apresentados os principais referenciais teóricos que balizam esta pesquisa, bem como os conceitos centrais, esperamos fazer uma análise dos argumentos a favor e contra o reconhecimento do Direito Internacional da Migração como um regime legal autónomo.

A análise desses argumentos será realizada não apenas do ponto de vista puramente teórico. Buscar-se-á avaliar este debate pela perspectiva, até certo ponto antagônica, entre os direitos e garantias dos indivíduos em movimento e as prerrogativas dos Estados soberanos.

Podemos considerar o Direito Internacional da Migração um regime autónomo? Se sim, o que isso significaria para os direitos dos migrantes? E para a soberania estatal?

CAPÍTULO 2 – O DEBATE EPISTEMOLÓGICO ACERCA DA CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DA MIGRAÇÃO COMO REGIME AUTÓNOMO

Ultrapassadas as questões históricas e conceituais, nossa intenção, nesse segundo capítulo, é analisar o debate que circunda o facto de podermos identificar o Direito Internacional da Migração como um regime autónomo ou não. Buscar-se-á uma análise desse embate não só no plano teórico, mas também suas implicações práticas. Queremos entender se, e em que medida estas questões, em sua maior parte localizadas no plano epistemológico, afetam concretamente os direitos e garantias do migrante, bem como as prerrogativas estatais.

Para tanto, entendemos que devemos começar analisando argumentos *pro et contra* o estabelecimento do Direito Internacional da Migração como um *self-contained regime*. Considerando os conceitos de regime autónomo já trabalhados, quais argumentos nos levam a crer que o Direito Internacional da Migração se adequaria a essa definição? Por outro lado, quais as características que o afastam da noção de regime autónomo?

2.1 – Argumentos contrários à caracterização do Direito Internacional da Migração como um regime autónomo.

Alguns autores que estudam as normas internacionais relativas à migração se posicionam no sentido de que, apesar da existência do termo “Direito Internacional da Migração”, esse vocábulo não indica um ramo completamente autónomo do Direito, fechado em si. Podemos considerar que os mais expoentes nesse sentido são Brian Openskin, Richard Perrichoud e Jillyanne Redpath-Cross, coautores do livro “Foundations of International Migration Law”.

A opinião dos autores acerca dessa questão fica clara logo no primeiro capítulo do livro. Para eles, não há que se falar que o Direito Internacional da Migração é um regime autónomo. Vejamos:

The questions may be asked: can international migration law be properly regarded as a self-contained regime or a special legal regime? The first question is easier to answer and draws a clear negative response. In a strict sense, the notion of a self contained regime defines a system with special rules, quite distinct from general rules of international law, which includes mechanisms for countering breaches. Examples are the dispute settlement system under the World Trade Organization or the operation of diplomatic law, with its reciprocal privileges and immunities. International migration law manifestly does not correspond to this notion. A broader notion of a self- contained regime was considered by the Permanent Court of International Justice in the case of the S.S. Wimbledon, where the Court held that the regime regulation the passage of vessels through the Kiev Canal was fully governed by specific treaty provisions, without the need to resort to other sources of law or general international law, which may have different rules. International migration law would hardly fit into this enlarged concept either. In sum, international migration law does not have the characteristics of a self-contained regime within the meaning identified by international courts.⁶¹

Analisando o excerto, podemos observar que os autores consideram dois, dos três conceitos de regime autónomo que trouxemos anteriormente. Primeiramente o conceito mais estrito, relacionado em especial com a ideia de que para ser autónomo o regime deve trazer em si normas secundárias, ou seja, mecanismos a serem observados em caso de descumprimento (“mechanisms for countering breaches”). Depois, levaram em consideração um conceito mais amplo, segundo o qual seria autónomo o regime que prescindia do Direito geral para regular determinado assunto em específico (“without the need to resort to other sources of law or general international law”) Para eles, o Direito Internacional da Migração não se encaixa em nenhum desses dois conceitos, portanto não pode ser considerado autónomo.

Deste excerto em específico, bem como de todo o desenvolver desta obra, podemos retirar ao menos três argumentos que fundamentam essa posição. A) as fontes do Direito Internacional da Migração não são autónomas, mas sim fontes ligadas ao Direito Internacional geral; B) não existem normas secundárias específicas para a responsabilização dos Estados que descumpram normas relacionadas à migração, pelo contrário, essa responsabilização acontece mediante normas secundárias genéricas; C) Não existe uma sistematização de regras de interpretação próprias do Direito Internacional da Migração, nem de princípios.

⁶¹ OPESKIN, B.; PERRUCHUD, R.; CROSS, J. **Conceptualising international migration law**. In. Foundations of International Migration Law. Cambridge University Press. Cambridge. 2012. p. 8.

Tratemos, então, a seguir, de cada um desses argumentos.

A) As fontes do Direito Internacional da Migração não são autónomas, mas sim fontes do Direito Internacional geral.

Vincent Chetail em seu artigo “Sources of International Migration Law” indica que são fontes do Direito Internacional da Migração: os tratados, os costumes, os princípios gerais de direito e *jus cogens*. Ele chega a essa conclusão avaliando o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, ou seja, avaliando as fontes genéricas do Direito Internacional. Isso porque o Direito Internacional da Migração foi (é) estabelecido sob as provisões do Direito Internacional, nomeadamente a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, em seu artigo 2º, traz que “ ‘tratado’ significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.⁶²

Quanto às partes, um tratado pode ser bilateral ou multilateral, ao passo que os multilaterais se subclassificam conforme o alcance geográfico, podendo ser regionais ou globais. Segundo Chetail, no âmbito do Direito Internacional da Migração existem as três dimensões de tratados. Existem os bilaterais, como aquele assinado entre Laos e Tailândia para cooperação laboral. Existem também os regionais, que nos últimos anos cresceram em número em razão dos processos de integração, dentre eles a Declaração de Santiago sobre Princípios Migratórios, de 2004, no âmbito do MERCOSUL. E também existem os globais.

No entanto, falta uma sistematização no âmbito global de normas que governem todos os aspectos da migração internacional. As normas convencionais relevantes ao tema são muitas, dispersas em vários instrumentos. A grande maioria das normas internacionais sobre migração não está, em verdade, em tratados que se dedicam especificamente à migração, pelo contrário, está em instrumentos que tratam precipuamente de outros temas.

⁶² Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969).

Existem normas relacionadas à migração, por exemplo, em tratados de Direitos Humanos⁶³, em tratados relacionados ao trabalho⁶⁴, à escravidão⁶⁵, ao comércio de serviços⁶⁶, em convenções sobre aviação civil⁶⁷, direito do mar⁶⁸, relações consulares⁶⁹, e nacionalidade⁷⁰.

Nesse sentido, pode-se dizer que, no tocante aos tratados, poucos são aqueles que podem ser considerados fontes exclusivas do Direito Internacional da Migração. A grande maioria são fontes também de outros ramos do Direito ou fontes do Direito Internacional geral. A falta de sistematização do Direito Internacional da Migração em tratados no âmbito global prejudicaria a sua caracterização como regime autónomo.

Comparativamente, basta observar o caso do Direito da União Europeia, que pacificamente é considerado um direito autónomo. Os tratados constitutivos (Tratado da União Europeia e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) são sistematizações fundadoras de todo o regime jurídico e, portanto, considerados fontes primárias. Há ainda os demais atos convencionais entre os Estados da União Europeia ou desta com Estados terceiros, todos eles regulados pelos tratados fundadores, bem como aplicados e interpretados com uma singular preocupação com a uniformidade.

Continuando a análise das fontes do Direito Internacional da Migração, considerando o argumento de que não são fontes autónomas, mas sim dependentes do Direito Internacional geral, passemos aos costumes.

Apesar de, nos últimos anos, ter cedido cada vez mais lugar aos tratados, os costumes continuam como fonte importante dentro do sistema legal contemporâneo. O

⁶³ V.g. Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1968); Convenção sobre os Direitos da Criança (1990); entre outros.

⁶⁴ V. g. *Convenção 29* da Organização Internacional do Trabalho concernente a Trabalho Forçado ou Obrigatório (1932); *Convenção 97* da Organização Internacional do Trabalho sobre Trabalhadores Migrantes (1952);

⁶⁵ V.g. *Convenção Suplementar Sobre Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura* (1956).

⁶⁶ V.g. *Acordo Geral sobre Comércio de Serviços* (1995).

⁶⁷ V.g. *Convenção sobre Aviação Civil Internacional* (1944).

⁶⁸ V.g. *Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar* (1980); *Convenção Internacional Sobre Busca e Salvamento Marítimos* (1985).

⁶⁹ V.g. *Convenção de Viena sobre as Relações Consulares* (1967).

⁷⁰ V.g. *Convenção para Redução dos Casos de Apatridia* (1961).

costume tem a característica de ser, muitas vezes mais genérico que o tratado, considerando que não atinge apenas aqueles Estados que o aceitam. O artigo 38 (1)(b) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça define costume internacional como uma “prática geral aceita como sendo o direito”⁷¹. Nesse sentido, o costume é resultado da combinação de dois elementos: o objetivo (prática) e o subjetivo (*opinio juris*).

Quanto ao elemento objetivo, a prática relevante daquela conduta por parte do Estado ou demais sujeitos do Direito Internacional é fundamental para que ela se torne um costume internacional. Essa prática deve ser constante e uniforme⁷², bem como suficientemente representativa. Deve haver um número considerável de Estados, de preferência aqueles especialmente afetados, que aderem àquela prática, de forma que esta possa ser entendida como costume.

No entanto, Vincent Chetail ressalta a dificuldade de aplicarmos essas noções aos costumes relacionados a temas de interesse comum como as migrações. Vejamos:

The notion of “specially affected States” is of limited value in matters of common interest, such as human rights or international migration: in the later case, every State is affected by the movement of persons, whether as a country of emigration, transit or immigration. Moreover, the representative character of a general practice is traditionally understood as including States from diferente regions of the world, as well as all major political and social-economic systems. Beyond these general guidelines, it is not possible to be more specific.⁷³

Quanto ao segundo elemento, o subjetivo, está relacionado à convicção de que aquela conduta é obrigatória, é norma. A esse elemento psicológico dá-se o nome de *opinio juris*. Apesar de ser, em si, um elemento não material, ele é verificado pela prática do Estado.

⁷¹ Estatuto da Corte Internacional de Justiça (1945).

⁷² Conforme afirma a Corte Internacional de Justiça no “Caso do Asilo”, Colômbia vs. Peru. 1950. Julgamento. p. 276. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/7/1848.pdf>> Acesso em: 09 abr. 2017.

⁷³ CHETAİL. Vincent. **Sources of International Migration Law**. In. Foundations of International Migration Law. Cambridge University Press. Cambridge. 2012. p. 75.

Os princípios gerais do direito são trazidos pelo artigo 38 (1) (c) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, como fontes do Direito Internacional. São considerados, no entanto, fontes subsidiárias, uma vez que aplicados apenas nas hipóteses de ausência de norma convencional ou costumeira sobre o tema. Servem então, para suprir possíveis lacunas no sistema legal internacional.

No que toca especificamente à migração, os princípios gerais do Direito foram instrumentos para o desenvolvimento de um *standard* mínimo de direitos no tratamento de estrangeiros durante o século XIX e primeira metade do século XX. Sobre isso, Chetail comenta:

These principles required that aliens not be treated below a common standard of conduct recognised by most nations. Although the content of this standard has raised long-standing controversies among States, it has been progressively refined in international jurisprudence. This incremental process has been crystallised in a core content of basic guarantees, most notably including the right of life, respect for physical integrity, freedom of conscience, prohibition of arbitrary detention, the right to a fair trial in civil and criminal matters, and the right to property. (...) It has been critical for infusing the rule of law into the field of migration, which was traditionally considered a matter of exclusive state discretion.⁷⁴

Há que se destacar que esse evento no âmbito da migração é reflexo de um fenômeno muito mais amplo, do qual já fizemos referência: a internacionalização dos Direitos Humanos. Portanto, a criação de um *standard* mínimo de proteção não é exclusiva dos estrangeiros, mas de todos os homens, tendo alcançado o Direito Internacional de maneira geral.

É considerada fonte do Direito Internacional da Migração, ainda, o *jus cogens*. Trata-se de normas peremptórias do Direito Internacional geral. São normas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional de Estados, como um todo, e as quais não podem ser derogadas.⁷⁵ Em geral, seu conteúdo está relacionado a princípios fundamentais, vigas mestras que sustentam o Direito Internacional. Então, podemos dizer que, por exemplo, o direito fundamental à não discriminação, corolário da dignidade da

⁷⁴ CHETAİL. Vincent. **Sources of International Migration Law**. In. Foundations of International Migration Law. Cambridge University Press. Cambridge. 2012. p. 82

⁷⁵ Artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969).

pessoa humana, é parte do *jus cogens*, portanto fonte do Direito Internacional da Migração, o que faz com que a não distinção entre nacional e estrangeiro deva ser observada na política de imigração dos Estados como um todo.

Portanto, em conclusão a esse primeiro argumento contrário ao entendimento de que o Direito Internacional da Migração seja um regime autónomo, temos que as fontes do mesmo são os tratados, os costumes, os princípios gerais de direito e o *jus cogens*. No entanto, não há tratados sistemáticos no âmbito global que sejam capazes de estruturar de forma coerente as normas relativas à migração. Alguns elementos constitutivos da noção de costume são de difícil aplicação a questões de interesse global como a migração. E os princípios gerais do Direito, bem como o *jus cogens* são fontes genéricas que abarcam todo o sistema normativo internacional.

Baseado nesses argumentos, Vincent Chetail, conclui, na esteira do pensamento de outros autores como Openskin, Perruchoud e Redpath-Cross, que o Direito Internacional da Migração não se trata de um regime autónomo, não é um circuito legal hermeticamente fechado, mas sua existência, validade e aplicação dependem do Direito geral. Em suas palavras:

International migration law comprises an amalgam of these norms, but it is still far from constituting a clear-cut regime. International migration law is the result of a compartmentalised construction that undermines its understanding and coherent application.⁷⁶

B) Não existem normas secundárias específicas para a responsabilização dos Estados que descumpram normas relacionadas à migração, pelo contrário, essa responsabilização acontece mediante normas secundárias genéricas.

O jusinternacionalista Roberto Ago foi o responsável por diferenciar, no plano internacional, as normas primárias das secundárias. As primárias são aquelas que regulam os direitos e deveres dos sujeitos internacionais. Uma vez que essas normas são violadas,

⁷⁶ CHETAIL. Vincent. **Sources of International Migration Law**. In. Foundations of International Migration Law. Cambridge University Press. Cambridge. 2012. p. 91

um outro conjunto de normas é ativado, cujo conteúdo é propriamente a responsabilidade. Estas seriam as normas secundárias.

Antes de chegarmos ao argumento específico de que o Direito Internacional da Migração não possui normas secundárias próprias, cumpre trazermos alguns elementos do instituto da responsabilidade internacional, ainda que de maneira breve.

A responsabilidade internacional nasceu do Direito consuetudinário e, apesar de ainda estar longe de alcançar o nível de elaboração do seu relativo em direito interno, é o que garante a legalidade internacional. Isso porque visa impedir que um sujeito internacional venha violar qualquer bem internacionalmente protegido como meio para alcançar fins previamente estabelecidos⁷⁷, sem qualquer possibilidade de responsabilização.

Em 2001, depois de quase cinquenta anos de discussão e diferentes relatores, a CDI aprovou o já citado Projeto de Artigos sobre a responsabilidade internacional dos Estados (*draft articles on responsibility of States for international wrongful acts* - DARS). Esse procedimento de produção de um texto sobre responsabilidade internacional dos Estados pelas Nações Unidas objetiva promover o desenvolvimento do regime jurídico de responsabilidade internacional, de modo que saísse progressivamente do âmbito dos costumes para o direito positivado.

Partindo da ideia de normas primárias e secundárias, o projeto de artigos da CDI, primeiramente distingue o que é facto internacionalmente ilícito e depois trata sobre as consequências do facto internacionalmente ilícito.

A definição de facto ilícito se encontra no artigo 2º do projeto de artigos:

Existe facto internacionalmente ilícito do Estado quando um comportamento consistindo numa ação ou omissão é atribuível, em

⁷⁷ MACHADO, Jónatas E. M. **Direito Internacional: do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro**. 4 Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 629.

conformidade com o Direito Internacional, ao Estado e que este comportamento constitua uma violação de uma obrigação internacional.⁷⁸

Temos, no artigo, especificados dois elementos fundamentais para a responsabilidade internacional do Estado: um elemento subjetivo, qual seja, a imputação de uma conduta ao Estado; um elemento objetivo, que é a ilicitude de tal conduta, ou seja, o facto desta estar em contradição com uma obrigação internacional.

Para Francisco Rezek, além da imputação de um comportamento, ou da ausência dele e da sua contrariedade a uma obrigação internacional, devemos considerar também como pressuposto da responsabilidade internacional o dano.⁷⁹ Alguns autores acrescentam ainda o nexo de causalidade.

O principal debate doutrinal, no entanto, está na necessidade ou não da existência de culpa (genericamente, da intenção ilícita). Sobre isso, Wislensky e Januário:

Nesse contexto, da Responsabilidade Internacional do Estado, aliás, como em sede de direito civil, defrontam-se duas teorias antagônicas: a subjectiva e a objectiva. De acordo com a teoria tradicional da culpa (vulgo, teoria subjectiva) não basta que o facto que implique a responsabilidade internacional do Estado seja contrário a uma obrigação internacional, é antes demais, necessário, que se constitua numa acção ou omissão, caracterizada por dolo, negligencia, isto é, culpa *lato sensus*.

Por seu turno, de acordo com a teoria tradicional do risco (teoria objectiva), a responsabilidade do Estado corresponde ao conceito de garantia. Neste sistema, a responsabilidade funda-se, unicamente, na relação de causalidade existente entre a actividade do Estado e o risco contrário ao Direito Internacional, sem que seja necessária a existência de acto caracterizado como veiculado pela culpa.⁸⁰

É importante sublinhar que, em que pese as discussões doutrinárias, o Projeto de Artigos só traz dois elementos à caracterização do ato ilícito: a conduta imputável e a contrariedade dessa com uma obrigação internacional. Observe que o artigo deixa claro

⁷⁸ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Projeto de artigos sobre a responsabilidade internacional dos estados**. Disponível em: <<http://iusgentium.ufsc.br/wpcontent/uploads/2015/09/Projeto-da-CDI-sobre-Responsabilidade-Internacional-dos-Estados.pdf>> Acesso em: 9 nov. 2015.

⁷⁹ REZEK, José F. **Direito internacional publico: curso elementar**. 13 ed. rev., aumen. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 320.

⁸⁰ WILENSKY, A. H.; JANUÁRIO, R. **Direito Internacional Público Contemporâneo: Responsabilidade Internacional do Estado, Terrorismo Internacional, Direito Internacional do Ambiente, Processo de Integração Europeia e os Parlamentos Nacionais**. Lisboa: Áreas Editora, 2003. p. 26.

que se leva em consideração uma “obrigação internacional”. Assim, não há cabimento para o argumento de que o ato é lícito ante a ordem jurídica local.⁸¹

O instituto da responsabilidade internacional visa consolidar uma comunidade internacional de direito. É evidente que, se o Estado incorrer em responsabilidade por violar uma obrigação internacional, permanece o seu dever de cumprir tal obrigação. Além de assumir a responsabilidade pelos danos causados pela violação da obrigação, o Estado deve, desde logo, adotar um comportamento conforme essa obrigação. Reparar e cumprir não são alternativos, mas igualmente legítimos. Do contrário, um Estado poderia entender que descumprir uma obrigação e depois reparar os danos é mais vantajoso do que cumpri-la logo de plano. Sobre isso, devemos citar o Dr. Jónatas Machado quando diz: “Ao incorrer em responsabilidade o Estado não está a ‘comprar’ a possibilidade de violar o Direito Internacional”⁸².

Agora, uma vez ultrapassadas essas poucas linhas mais genéricas, levando em consideração os elementos trazidos acerca da responsabilidade estatal no plano internacional, atenhamo-nos ao argumento que leva a crer que o Direito Internacional da Migração não se trata de um regime autónomo.

Como vimos, um primeiro conceito de regime autónomo, um tanto quanto mais estrito, está relacionado especialmente à noção de normas secundárias. Seriam conjuntos de normas especiais fortes relativas à responsabilidade do Estado. Conjuntos de leis que têm em si meios de reação ao descumprimento.

É partindo exclusivamente deste conceito que nasce o argumento segundo o qual o Direito Internacional da Migração não seria um regime autónomo. Isto porque não existiria dentro desse regime um sistema de normas secundárias claro e estruturado o suficiente, capaz de gerar a responsabilização estatal por seu descumprimento. Assim, a não adimplência de um Estado a normas relacionadas à migração, em regra ocorre pelas normas gerais de responsabilidade estatal criadas e aplicadas no âmbito do Direito Internacional Público.

⁸¹ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Projeto de artigos sobre a responsabilidade internacional dos estados**. Artigo 3º.

⁸² MACHADO, Jónatas E. M. **Direito Internacional: do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro**. 4 Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 658.

Isso fica claro quando, no excerto já citado, Openskin, Perruchoud e Redpath-Cross dizem que o Direito Internacional da Migração não contém “mechanisms for countering breaches”⁸³, ou seja, não dispõe de mecanismos para combater violações.

No exato oposto, muito bem estruturado, estaria, a título de exemplo e comparação, o mecanismo de resolução de controvérsias da Organização mundial do Comércio, o qual conta com o Órgão de Resolução de Litígios (ORL). Nesse sistema, em caso de haver descumprimento a uma obrigação nos acordos abrangidos, há possibilidade de resolução desse conflito através de bons ofícios, conciliação, mediação, painéis, sendo garantida ainda a possibilidade de recursos. As decisões do ORL são executórias, no entanto não existe um órgão que garanta a execução coercitiva da decisão. Nesse caso, em hipótese de incumprimento, prevê-se a possibilidade de adoção por parte do Estado lesado, de medidas de compensação e suspensão de concessões como forma de sanção ou retaliação.⁸⁴

Ou seja, comparativamente, por conter em si mecanismos suficientemente sistematizados de resolução de conflitos e responsabilização dos estados por descumprimentos, os acordos da Organização Mundial do Comércio configurariam, conforme este conceito mais estrito, um regime autónomo; ao passo que o Direito Internacional da Migração, por não conter mecanismos desta estirpe, não o seria.

Passemos, então, ao último argumento que fundamenta tal posicionamento.

C) Não existe uma sistematização de regras de interpretação próprias do Direito Internacional da Migração, nem de princípios.

Não é suficiente que as normas existam. É necessário interpretá-las e aplicá-las de modo a garantir sua efetividade. Ao formularem uma norma, seus autores não são capazes de prever todas as nuances das relações sociais às quais a norma será aplicada.⁸⁵ A

⁸³ OPESKIN, B.; PERRUCHUD, R.; CROSS, J. **Conceptualising international migration law**. In. Foundations of International Migration Law. Cambridge University Press. Cambridge. 2012. p. 8.

⁸⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Memorando de Entendimento sobre as Regras e Processos que regem a Resolução de Litígios. Artigo 22º.

⁸⁵ QUOC, DAILLIER, PELLET. **Direito Internacional Público**. 4. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

formulação da norma é um exercício em abstrato e por isso é natural que em sua redação haja conceitos vagos e indeterminados. Cabe então, ao intérprete fazer o exercício de transfiguração do abstrato ao concreto, o que torna a prática da interpretação, em essência, complexa.

Segundo o Dr. Francisco Ferreira de Almeida, a interpretação consiste em “precisar o sentido, o conteúdo e o alcance de uma norma jurídica, na sua aplicação ao caso concreto”⁸⁶. Para o Dr. Jónatas Machado, “interpretação jurídica consiste na mediação do sentido de um texto normativo tendo em vista a sua aplicação prática”⁸⁷.

Percebe-se que os dois conceitos demonstram a relação entre a interpretação - ligada à descoberta do sentido e conteúdo das normas, seus objetivos e a sua forma - e a aplicação, foco primordial para onde devem estar voltados os olhos do intérprete. A função deste é dissipar incertezas e ambiguidades da norma de forma a aplicá-la aos casos concretos que emergem, muitas vezes não antecipados pelos autores do texto normativo, considerando que a realidade é mutável.

Os artigos 31, 32 e 33⁸⁸ da Convenção de Viena são destinados especialmente à interpretação dos Tratados. No entanto, são várias as disposições com nuances interpretativas em todo o documento. Estes artigos se limitam a princípios, regras, métodos e bases de interpretação do direito escrito. Em certa medida, os três artigos da Convenção de Viena destinados à interpretação consideram mais importante salvaguardar a liberdade do intérprete do que a fixação de uma regra diretriz rígida no tocante à interpretação.⁸⁹

⁸⁶ ALMEIDA, Francisco de. **Direito Internacional Público**. 2. ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2003. p. 151.

⁸⁷ MACHADO, Jónatas. **Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós 11 de setembro**. 4. ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2013. p. 356.

⁸⁸ O primeiro artigo da secção, o artigo 31, inicia abordando o princípio da boa-fé. Na estrutura do texto da Convenção, a boa-fé é colocada na base da interpretação dos tratados, antes mesmo de qualquer regra técnica, demonstrando, através da redação, a relevância do princípio para todo o Direito Internacional. Para além de estabelecer a boa-fé como regra geral de interpretação, o artigo 31 trata dos objetivos e fins do tratado, colocando-os como um elemento interpretativo, bem como da definição de contexto. O Artigo 32 versa acerca dos meios complementares de interpretação, designadamente os trabalhos preparatórios e as circunstâncias em que foi concluído o tratado. Estes meios complementares de interpretação servem para dirimir qualquer sentido ambíguo ou obscuro e para as situações nas quais a interpretação resulte em um sentido manifestamente absurdo ou incoerente. O Artigo 33, por sua vez, estabelece regras de interpretação de tratados autenticados em duas ou mais línguas.

⁸⁹ SUR, Serge. **L'interprétation em Droit international public**. Librairie Générale de Droit e de jurisprudence. Paris, 1974. p. 269-270.

Observa-se um nível elevado de generalidade na redação desses artigos. São apenas regras gerais de lógica e bom senso.

Conforme vimos no primeiro capítulo, existem três conceitos de regime autónomo. O mais amplo dentre eles é o que entende como regimes autónomos domínios inteiros de especialização do Direito, que tem métodos próprios de interpretação, aplicação e especialmente, princípios próprios, que diferem do Direito geral.

No que diz respeito especificamente à interpretação, Vincent Chetail, ao tratar das fontes do Direito Internacional da Migração, mais precisamente sobre os tratados, não trouxe à baila qualquer norma de interpretação própria desse ramo do Direito. Pelo contrário, limitou-se a suscitar o artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o qual, conforme vimos, traz normas e métodos genéricos de interpretação, aplicáveis ao Direito Internacional geral.⁹⁰

Mais uma vez, estabelecendo um paralelo com o Direito da União Europeia, podemos observar que este, em observância ao princípio da uniformidade de interpretação e aplicação do Direito Europeu, possui normas e mecanismos próprios de interpretação característicos de um ramo autónomo do Direito. Podemos citar, como uma das várias normas típicas da União Europeia, a título de exemplo, o princípio da primazia do Direito Europeu, o qual faz com que este prevaleça sobre o direito nacional no caso de um conflito interpretativo. É imperioso citar ainda, no plano processual, o mecanismo do reenvio prejudicial, essencial para a uniformização da interpretação em todos os Estados membros. Nesse ramo do direito, os tratados constitutivos servem como parâmetro interpretativo das demais normas, e como paradigma que confere ou não legalidade a elas. Não podemos dizer que o Direito Internacional da Migração possui algo semelhante, principalmente considerando sua realidade de normas pulverizadas e pouco sistematizadas.

Outro argumento que afasta o Direito Internacional da Migração da noção de regime autónomo seria a ausência de princípios próprios. Quando lemos um tratado de Direito Internacional do Meio Ambiente, uma decisão de uma corte internacional acerca desse tema, ou mesmo doutrinas relacionadas, por exemplo, identificamos princípios como poluidor pagador, precaução e prevenção entre diversos outros. Resta, portanto, clara, uma

⁹⁰ CHETAIL. Vincent. **Sources of International Migration Law**. In. Foundations of International Migration Law. Cambridge University Press. Cambridge. 2012. p. 71.

gama de direitos que são específicos deste ramo, e estão evidentes tanto nos tratados quanto fora do Direito convencional, no plano dos costumes internacionais.

O mesmo podemos observar no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Princípios como o da dignidade da pessoa humana, inviolabilidade, não discriminação, da igualdade, entre diversos outros, permeiam os documentos de Direitos Humanos, decisões, costumes internacionais e doutrinas sobre o tema.

É curioso ressaltar que o já citado livro “Foundations of International Migration Law”, um dos principais títulos sobre o tema, inclusive publicado sob os auspícios da Organização Internacional para as Migrações, órgão das Nações Unidas, não traz um capítulo destinado aos princípios, como ocorre em doutrinas de outros ramos do Direito. Isso, de maneira alguma, quer dizer que não existam princípios relacionados à migração. Antes pelo contrário, eles existem, porém de forma não tão sistematizada em documentos específicos sobre migração, mas sim esparsos em diversos documentos de Direitos Humanos e outros temas.

Enfim, estes três são os principais argumentos que afastam o Direito Internacional da Migração dos conceitos de regimes autônomos.

2.2 Argumentos favoráveis à caracterização do Direito Internacional da Migração como um regime autônomo.

Por outro lado, compondo esse debate, existem aqueles que entendem pela autonomia desse regime. Ao menos três argumentos centrais podem ser levantados nesse sentido: A) Nenhum regime é totalmente autônomo. Mesmo aqueles considerados há muito independentes possuem fortes ligações com o Direito geral; B) o Direito Internacional da Migração tem caminhado para uma maior sistematização, e conseqüentemente à autonomia, principalmente considerando os vários organismos internacionais já estruturados sobre temas relacionados à migração, inclusive no âmbito da Organização das Nações Unidas;

Cabe, nesse momento, dissertarmos acerca de cada um desses argumentos, compondo assim, o outro lado do debate.

A) Nenhum regime é totalmente autónomo.

Esse argumento é um contraponto, quase que diametralmente oposto ao primeiro argumento levantado no tópico anterior, segundo o qual, o Direito Internacional da Migração não poderia ser considerado um regime autónomo por não possuir fontes autónomas, e sim ligadas ao Direito Internacional geral. No entanto, há quem argumente que nenhum regime é totalmente autónomo.

Essa alegação parte da ideia de unicidade do Direito, enquanto ciência. Nesse sentido, apregoa o constitucionalista Pedro Lenza, que “modernamente, vem sendo dito que o Direito é uno e indivisível, indecomponível”⁹¹. Em que pese regule várias áreas, as subdivisões do Direito não significam que cada regime é hermeticamente fechado em si, mas sim partes de um todo, um sistema coerente e completo.

Isso significa dizer que a ideia de regime autónomo não imprime em si a noção de regime autossuficiente. Entender determinado regime como autónomo não significa dizer que ele é completamente independente de elementos externos, ou genéricos. Antes, pelo contrário, os regimes autónomos dependem do Direito Internacional geral⁹² para sua criação, validade, e funcionamento.

O já citado relatório da Comissão para Direito Internacional das Nações Unidas, traz essa relação, quase que simbiótica entre o Direito Internacional geral e os regimes autónomos:

“First, it [general international law] provides the normative background that comes in to fulfill aspects of its [self-contained regime’s] operations not specifically provided by it. [...] Second, the rules of general law also come to operate if the special regime fails to function properly.”⁹³

⁹¹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 53.

⁹² COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law**. 2006. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2017. p. 101.

⁹³ *idem*. p. 100.

Considerando isso, temos que no plano internacional, não haveria a possibilidade de um regime completamente isolado do Direito Internacional geral, concretamente. Em assim sendo, para chegarmos à conclusão de que um ramo do Direito pode ou não ser considerado um regime autónomo não devemos tomar o termo “autónomo” com tamanha literalidade. Uma vez que o fazemos, excluímos a possibilidade de qualquer ramo ser intitulado como tal.

É partindo dessa ideia que o Relatório fala em “inadequação do termo autónomo” pois teria uma noção “simplesmente enganosa” sugerindo então a substituição pelo termo “regime especial”.⁹⁴ No entanto, o documento usa ambos os termos indiscriminadamente para tratar do mesmo fenómeno.

Sobre isso, podemos ressaltar o entendimento da Dra. Liana Andreea Ioniță,

If the self-contained regime is understood as a self-sufficient regime, “independent of external means or relations” and “complete in itself”, this idea would imply that this kind of international regime would be totally isolated from general international law. Three observations are in place. Firstly, if in theory such regime could exist hermetically isolated from general law, however, in practice there is no sign of its existence in concreto. Secondly, from an international law perspective, there is no regime that could be labelled as “self-contained” because it has not formed a closed legal circuit. Even though in its sphere of application prevails its own rules (*lex specialis*), these should be interpreted as exceptions from the general law and therefore, in a limited way.⁹⁵

Este argumento, então, leva em consideração um conceito bastante amplo de “regime autónomo” (ou especial), qual seja, o de um conjunto de normas que abordam um tema particular de uma forma diferente de como o Direito geral aborda. Ou seja, tem em vista apenas o critério especialidade.

Em resumo, observemos o Direito Internacional da Migração pelo prisma unicamente desse argumento. É evidente que suas fontes estão ligadas ao Direito Internacional Geral, especialmente ao direito dos tratados. É evidente também que noções

⁹⁴ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law**. 2006. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2017. p. 93.

⁹⁵ IONIȚĂ, Liana Andreea. **Is European Union law a fully self-contained regime?: a theoretical inquiry of the functional legal regimes in the context of fragmentation of international law**. In: *Studia Politica : Romanian Political Science Review* 15 (2015), 1, p. 45.

como soberania, controle de fronteiras e segurança nacional e internacional são temas típicos do Direito geral, mas que permeiam o Direito Internacional da Migração. Porém, considerando que nenhum regime é totalmente autónomo do Direito geral, poderíamos considerá-lo sim um regime autónomo (especial), pelo mero critério da especialidade, uma vez que aborda um tema em especial: a migração.

B) As várias instituições e organismos internacionais já estruturados com atividades em temas relacionados à migração, inclusive no âmbito da Organização das Nações Unidas, conduzem o Direito Internacional da Migração a uma maior sistematização e institucionalização, e conseqüentemente à autonomia.

Desde meados do século XX várias agências multilaterais - tanto no âmbito das Nações Unidas, quanto fora – foram criadas pelos Estados para diversos temas. Essa é uma característica da sociedade internacional moderna.

Com o aparecimento das novas organizações internacionais, que passam a actuar nos mais variados domínios, a sociedade internacional deixa de basear-se, exclusivamente, no interestadualismo, cessando, por isso, de ser apenas relacional, para adquirir um pendor mais institucional.⁹⁶

Um maior grau de coesão, e até mesmo de eficiência, foi alcançado em agências relacionadas a temas de comércio, economia e outras áreas de política pública. No entanto, nas últimas décadas os governos estão devotando maior atenção ao tema das migrações internacionais. Os Estados de origem se preocupam com os direitos de seus nacionais no estrangeiro. Os Estados de destino se preocupam com questões de segurança nacional, mercado de trabalho, entre outras.⁹⁷ Por isso, essas instituições internacionais, ainda que dentro de suas áreas de trabalho, tem tratado as migrações como tema conexo. Observemos.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) também tem como um de seus objetos de preocupação a questão dos trabalhadores migrantes. Até a adoção da Convenção

⁹⁶ DUPUY, René-Jean. **O Direito Internacional**. Livraria Almedina. Coimbra, 1993.

⁹⁷ OMELANIUK, Irena. **Global Migration institutions and processes**. In. Foundations of International Migration Law. Cambridge University Press. Cambridge. 2012. p. 336.

Internacional sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (1990) a OIT foi a única agência da ONU a tratar este tema. Portanto, há que se destacar seu pioneirismo. A OIT trabalha com a questão em uma perspectiva tripartite abrangendo o Estado, os empregadores e os empregados.

No que concerne ao Estado, oferece treinamento para os oficiais de governo bem como promove uma série de Convenções. Quanto aos trabalhadores, estabelece um *standard* mínimo de direitos, como liberdade de associação, direito de se organizar, abolição do trabalho forçado, igualdade de oportunidades e tratamento. Além disso, a OIT promove ainda pesquisas que levantam dados relevantes sobre a condição dos trabalhadores migrantes, bem como acerca do desenvolvimento de leis e práticas estatais.

Em 2004 lançou o Plano de ação para Trabalhadores migrantes, que orienta os governos a desenvolverem as leis nacionais e as políticas públicas relacionadas ao tema. Em 2006, em parceria com a Organização Internacional para as Migrações produziu um *handbook* sobre políticas de migração de mão de obra, destaque no Fórum Global sobre Migração e Desenvolvimento (GFMD), o qual tem sido uma ferramenta para os governos no tratamento dos assuntos relacionados aos trabalhadores migrantes, especialmente na região do mediterrâneo, mas também em outros locais do globo.

A sua estrutura tripartite tem pontos positivos e também negativos, podendo significar sua maior virtude e ao mesmo tempo sua maior fraqueza. Por um lado pode criar um contexto multilateral em torno do tema, o que sem dúvida, promove a cooperação. No entanto, em contrapartida, a necessidade de um consenso tríade é um desafio a mais que as outras agências não enfrentam nos seus esforços para a promoção dos direitos dos migrantes.

Outro exemplo é a Organização Mundial do Comércio, a qual abarca em si as normas relacionadas a transações comerciais e provê fóruns para os Estados negociarem acordos e resolverem disputas comerciais. É composta, em sua grande maioria, por países desenvolvidos. O tema das migrações é tratado por um ângulo bastante estreito relativo à migração temporária de mão de obra.⁹⁸

⁹⁸ OMELANIUK, Irena. **Global Migration institutions and processes**. In. Foundations of International Migration Law. Cambridge University Press. Cambridge. 2012. p. 344.

O Acordo Geral sobre comércio e Serviços (GATS), de 1994, traz a questão da exportação de serviços, através da presença temporária de profissionais estrangeiros. A prestação de serviços por empresas de outras nações é uma atividade económica crescente⁹⁹. No entanto, esse tópico pouco evoluiu nas negociações. Isso se deve ao facto de os Estados que recebem os trabalhadores não estarem dispostos a mitigarem a prerrogativa proveniente da soberania de determinarem quem entra em seu território e sob quais condições. Esses Estados não querem abrir mão desse poder através de um mecanismo multilateral que os imprima compromissos e obrigações, como o GATS.¹⁰⁰

Devemos mencionar ainda nesta relação o Alto comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos, estabelecido pela Assembleia Geral em 1993, com o objetivo de promover e coordenar atividades relacionadas a direitos humanos em todo o sistema das nações unidas. O alto Comissariado também apoia o Conselho de Direitos Humanos, através de mandados temáticos, dos quais dois tem uma significância relevante para o tema da migração. O primeiro, estabelecido em 1999, é o relator especial para direitos humanos dos migrantes, que envia relatórios ao Conselho de Direitos Humanos acerca do estado da proteção dos direitos dos migrantes em todo o mundo. O segundo estabelecido em 2004, é o relator especial para tráfico de pessoas especialmente mulheres e crianças.

O Alto comissariado também trabalha em parceria com o Comité para Trabalhadores Migrantes. Esse comité analisa os relatórios submetidos pelos estados partes da convenção, visando ajudá-los a melhorar a implementação dos padrões da convenção. Além disso, o alto comissariado publica artigos sobre, por exemplo, detenção administrativa de migrantes, reunião familiar, direito da criança migrante à educação, entre outros.

O Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crimes também acaba por lidar de maneira indireta com o tema da migração, uma vez que o seu foco é combater o crime

⁹⁹ De acordo com a Organização Mundial do Comércio (OMC), hoje o comércio de serviços representa 60% da produção global, 30% da geração de empregos e 20% do comércio global. As exportações de serviços, segundo números do GATT em 1991, chegam a 890 milhões de dólares, concentrando-se em sua maioria nos países desenvolvidos, já que 70% destas exportações são feitas pela América do Norte e Europa Ocidental, contra 62% para as mercadorias.

(Dados disponíveis em: ABREU, Paula. **GATS: o acordo sobre serviços da OMC**. Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB, Brasília, v. 2, n. 2, p.502-526, jul./dez. 2005.)

¹⁰⁰ OMELANIUK, Irena. **Global Migration institutions and processes**. In. Foundations of International Migration Law. Cambridge University Press. Cambridge. 2012. p. 345.

organizado transnacional bem como prevenir e punir o tráfico de pessoas e contrabando de migrantes.¹⁰¹

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), da mesma forma, desde sua instauração, em 1945, tem lidado periféricamente com questões migracionais ao trabalhar com a construção da cultura da paz, a erradicação da pobreza, o desenvolvimento sustentável e o diálogo intercultural através da educação, da comunicação e informação. A UNESCO é uma das agências da ONU que liga a migração a questões de gênero, empoderamento da juventude e temas relacionados à urbanização. Mas, a principal contribuição da UNESCO tem sido através de programas que implementam desenvolvimento em países menos desenvolvidos, porque são estes, predominantemente, os países de origem dos migrantes.

O Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento (PNUD) também deve ser citado. Ele inclui a migração como um dos seus focos para a boa governança e como uma chave estratégica para o desenvolvimento.¹⁰² Ele trabalha em diferentes frentes relacionadas à migração, entre elas o suporte a pessoas deslocadas por questões de conflito, a reabilitação e apoio em contextos pós-conflito. Além disso, busca mobilizar e formar pessoas para voltarem aos seus países de origem prontas a contribuir com seu desenvolvimento.

O Relatório sobre Desenvolvimento Humano de 2009, denominado “overcoming barriers: human mobility and development”, lançado pelo Programa, traz especificamente temas relacionados à migração interna e internacional, examinando como a migração pode favorecer o desenvolvimento humano. Este documento mostra a origem e o destino de determinados fluxos migratórios, bem como os porquês e os momentos dessas mobilidades, abarcando também o impacto nos países que enviam e recebem essas pessoas.

¹⁰¹ Alguns documentos produzidos no âmbito do Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crimes são importantes à temática da migração internacional, como: *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (2000) e dois de seus protocolos adjacentes, o primeiro deles relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças e o segundo contra o Contrabando de Migrantes por Terra, Mar e Ar.*

¹⁰² OMELANIUK, Irena. **Global Migration institutions and processes.** In. *Foundations of International Migration Law.* Cambridge University Press. Cambridge. 2012. p. 353.

O Relatório propõe que: “large gains to human development can be achieved by lowering the barriers to movement and improving the treatment of movers”.¹⁰³

Nas atividades do Banco Mundial, o espaço dos temas relacionados à migração é pequeno. Essas atividades são, e em sua maioria, muito mais voltadas a ganhos e vantagens econômicos do que aos direitos devidos aos migrantes e a suas famílias. No entanto, podemos dizer que o Banco Mundial, ainda que timidamente, desempenha um importante papel ao fazer a vinculação da economia e do desenvolvimento financeiro à migração. Ele se mostra predisposto a entender a migração como um problema de cooperação entre Estados, buscando uma coerência entre esse assunto e os temas financeiros. Sem dúvida este é um grande desafio. No entanto, podemos dizer que o Banco Mundial tem se esforçado em mostrar para o mundo evidências do impacto positivo da imigração no combate à pobreza.¹⁰⁴

O Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) baseia todo o seu trabalho na Convenção para o Direito da Criança de 1989. De acordo com o UNICEF existem cerca de 35 milhões de migrantes internacionais entre dez e vinte e quatro anos de idade, o que representa cerca de dezessete por cento do total da população migrante no mundo.¹⁰⁵ As crianças migrantes internacionais, sejam acompanhadas ou não, estejam viajando através de mecanismos legais ou ilegais, são vulneráveis de abuso, exploração e outras formas de violência. Além disso, estão frequentemente excluídas do acesso a serviços sociais prestados pelos Estados, como saúde e educação, por causa de seus status de migrantes, e também pela barreira cultural e linguística. Em resposta a isso, a UNICEF, em parceria com os governos, os organismos internacionais e a sociedade civil, busca a proteção das crianças migrantes.

A ONU Mulheres foi criada pela Assembleia Geral no ano de 2010, absorvendo em si, outras agências que já existiam e tratavam de temas relacionados à igualdade de gênero e empoderamento feminino. Desde 2011 essa agência tem mostrado interesse em assuntos migracionais, construindo uma coordenação de trabalho entre governo, organizações não

¹⁰³ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA DESENVOLVIMENTO. **Human Development Report 2009: Overcoming Barriers: Human Mobility and Development**. 2009.

¹⁰⁴ OMELANIUK, Irena. **Global Migration institutions and processes**. In. *Foundations of International Migration Law*. Cambridge University Press. Cambridge. 2012. p. 354.

¹⁰⁵ FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA AS CRIANÇAS (UNICEF). **Adolescents, Youth and International Migrants: Figures and Facts**. 2011..

governamentais e o setor privado. Além disso, tem levado as questões de gênero ao Fórum Global sobre Migrações e Desenvolvimento.

Frente a esses exemplos, podemos observar que, no plano internacional, especificamente no âmbito do sistema das Nações Unidas, desde há muitos anos temas relacionados à migração são tratados de forma pulverizada por suas várias agências e organizações relacionadas. Não existia uma agência especializada em assuntos relacionados à migração, capaz de sistematizar todas essas iniciativas, garantindo assim maior efetividade a elas. No entanto, essa dinâmica vem mudando.

Em setembro de 2016, por ocasião da Cúpula sobre Refugiados e Migrantes, a Organização Internacional para as Migrações (OIM) tornou-se parte oficial do Sistema ONU, como organismo associado.

Fundada em 1951, a Organização Internacional para as Migrações é a principal organização intergovernamental neste domínio e trabalha em estreita colaboração com parceiros governamentais, intergovernamentais e não governamentais. Com 166 estados membros, mais 8 estados com status de observador e escritórios em mais de 100 países, a Organização dedica-se a promover a gestão da migração de forma humana e ordenada em benefício de todos. Para isso, presta serviços de aconselhamento aos governos e aos migrantes.

A OIM tem como escopo, também, a promoção da cooperação internacional em questões de migração, bem como a busca de soluções práticas para os problemas migratórios. Outro objetivo é prestar assistência humanitária aos migrantes necessitados, incluindo refugiados e deslocados internos.

A Constituição da Organização Internacional para as Migrações reconhece a ligação entre migração e desenvolvimento econômico, social e cultural, bem como o direito de livre circulação. Partindo disso, o organismo trabalha em quatro grandes áreas da gestão da migração: migração e desenvolvimento, facilitação da migração, regulação da migração e no âmbito da migração forçada. Suas atividades incluem a promoção da

legislação sobre migração internacional, o debate e orientação política, a proteção dos direitos dos migrantes, bem como a dimensão de gênero da migração.¹⁰⁶

Apesar de existir desde o pós segunda grande guerra, foi em 2016 que a Organização Internacional para as Migrações tornou-se parte oficial do Sistema ONU. A existência de uma agência especializada pode significar uma maior sistematização das atividades e iniciativas das Nações Unidas em temas relativos à migração, bem como uma maior efetividade dessas ações. Além disso, a organização entra no organograma trazendo consigo uma bagagem de grande experiência em questões migracionais adquirida desde o segundo pós guerra, o que favorece o fortalecimento da cooperação internacional acerca desses temas.

Sobre a entrada da organização no sistema ONU, decidida por unanimidade na Assembleia Geral, o diretor-geral da OIM, William Lacy, destacou que “fazer parte da ‘família ONU’ vai dar à OIM uma voz vital na mesa das Nações Unidas para defender direitos dos migrantes em todo o planeta”¹⁰⁷.

O que é perceptível é que desde cooperações regionais e inter-regionais, passando pelo Fórum Global sobre Migração e Desenvolvimento¹⁰⁸, e chegando até a Organização Internacional para as Migrações, como agência da ONU, novos mecanismos estão contribuindo de diferentes maneiras para uma governança relativa à migração. Partindo disso, esse argumento afirma que o Direito Internacional da Migração vem passando por uma maior sistematização e institucionalização, contando com órgãos próprios que facilitariam a adimplência de suas normas. Portanto, estaria caminhando, a cada dia, para uma maior autonomia.

Elemento que fortalece esse argumento é a criação, no ano de 2004, da Unidade de Direito Internacional da Migração, instituída no bojo da OIM, a qual tem como um de seus objetivos compilar os instrumentos jurídicos relacionados com a migração a nível

¹⁰⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **About IOM**. Disponível em: <<https://www.iom.int/about-iom>> . Acesso em: 13 mar. 2017.

¹⁰⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Organização internacional para as migrações fortalece vínculos com a ONU**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/organizacao-internacional-para-as-migracoes-fortalece-vinculos-com-onu/>> Acesso em: 13 mar. 2017.

¹⁰⁸ Global Forum on Migration and Development (GFMD)

internacional, regional e nacional e torná-los facilmente acessíveis.¹⁰⁹ Preocupa-se ainda em capacitar agentes governamentais, organizações internacionais, sociedade civil acerca do Direito Internacional da Migração, o que favoreceria seu fortalecimento e concretude, bem como, em certa medida, contribuiria para uma interpretação mais uniforme.

2.3 Análise dos argumentos

Pois bem, uma vez apresentados os argumentos *contra et pros*, há que analisá-los. Parece-nos que a identificação do Direito Internacional da Migração como regime autónomo é questionável. Em que pese serem importantes os argumentos que afirmam a compreensão do mesmo como tal, especialmente do ponto de vista do debate epistemológico, os mesmos nos parecem frágeis, e até certo ponto não são suficientes. Vejamos:

No que toca ao primeiro argumento, é certo que nenhum regime é completamente autónomo, hermeticamente fechado em si. Nem mesmo aqueles que já são, pacificamente, abarcados pelo termo. E é partindo disso que o Relatório sobre Fragmentação do Direito Internacional aconselha, conforme ressaltamos, o uso do termo “regime especial” em substituição a “regime autónomo”. No entanto, este relatório faz uso dos dois termos para o mesmo fenómeno, inclusive, em alguns momentos, apresentando da seguinte forma “regime autónomo (especial)”. Isso nos leva à conclusão de que, independentemente da nomenclatura, o fenómeno é o mesmo. Portanto, os mesmos elementos devem ser considerados na sua caracterização.

Assim sendo, devem ser elevados em consideração todos os outros elementos que compõe os conceitos construídos pela Corte Internacional de Justiça e pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, conforme verificamos. Considerando um primeiro conceito, mais estrito, é necessário que existam, normas secundárias, um conjunto de normas especiais fortes relativas à responsabilidade do Estado. Ou ainda, considerando

¹⁰⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **About Migration Law**. Disponível em: < <https://www.iom.int/about-migration-law> > . Acesso em: 13 mar. 2017.

um segundo conceito, um pouco mais amplo, um conjunto de normas (primárias e secundárias) que abordam um tema particular de uma forma diferente de como o Direito geral aborda, com princípios essencialmente seus. Ou, por último, levando em conta um conceito que entende como regimes autónomos (ou especiais) domínios inteiros de especialização do Direito, que tem métodos próprios de interpretação e aplicação, de modo que resta afetado o Direito geral.¹¹⁰

Nesse sentido, um conjunto de normas que versam sobre o mesmo assunto não é o suficiente para caracterizar um regime especial (ou autónomo). Considerar apenas o critério da especialidade, não nos parece adequado.

Da mesma forma, o segundo argumento também nos parece falho. É facto que o Direito Internacional da Migração tem caminhado para uma maior sistematização e institucionalização, principalmente considerando os vários organismos internacionais já estruturados os quais desenvolvem temas relacionados à migração, inclusive no âmbito da Organização das Nações Unidas. No entanto, esse nos parece um processo incipiente e que evidencia o grande caminho a ser trilhado para se chegar a uma maior autonomia. Basta observarmos que apenas recentemente a Organização das Nações Unidas incorporou a Organização Internacional para as Migrações em seus quadros.

Logo, a existência estrutural desses organismos no plano internacional não significa dizer que, nesse momento, o Direito Internacional da Migração preenche os requisitos para sua caracterização como um regime autónomo ou especial. Significa apenas que o tema, nas últimas décadas tem sido entendido como relevante nos debates internacionais, e tem-se buscado iniciativas mais incisivas para tratá-lo, em suas várias frentes.

É partindo disso que concordamos com Vincent Chetail e tantos outros autores já citados, no sentido de que o Direito Internacional da Migração está longe de constituir um “*clear-cut regime*”, ou seja, um regime claramente emancipado.¹¹¹

¹¹⁰ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law**. 2006. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2017. p. 73 – 78.

¹¹¹ CHETAİL. Vincent. **Sources of International Migration Law**. In. Foundations of International Migration Law. Cambridge University Press. Cambridge. 2012. p. 91.

Além disso, é imperioso indagar o que a sugerida autonomia significaria para o direito dos migrantes enquanto indivíduos. Acerca disso, nos parece interessante a posição das Doutoras Liliana Lyra Jubilut e Silvia Apolinário. Para elas, a autonomia desse ramo do Direito traria consigo uma generalização um tanto quanto perigosa. Existe um risco de se considerar as situações de migrantes forçados, tais como refugiados ou pessoas forçadamente deslocadas, classicamente diferenciados dos migrantes económicos em função das necessidades e demandas particulares derivadas de perseguições ou outras violações sérias de que decorrem obrigação dos Estados de protegê-las, como sujeitas a um genérico Direito Internacional da Migração.¹¹²

Estabelecer um Direito Internacional da Migração único, global e pretensamente autónomo poderia obscurecer as particularidades de cada tipo de migrante, ao invés de aprimorar a proteção dos direitos humanos dessas pessoas em movimento.¹¹³

A migração internacional, na sociedade contemporânea, nos revela um novo tecido social, dinâmico, transfronteiriço e conflitual. Mundos que se movem, culturas que se excluem e se hibridizam. O estrangeiro tem diversos rostos, diversos contornos sociais e jurídicos. Por isso, a busca por enquadrar todas as situações de migrantes nos poucos institutos legais internacionais específicos que existem pode gerar uma falta de utilização criteriosa das distinções entre os migrantes e impedir o desenvolvimento de novas formas de proteção ao mesmo tempo que minimiza a efetividade das poucas normas existentes.¹¹⁴

A melhor maneira de proteger a pessoa em movimento, talvez não perpassa a criação de mais um ramo do Direito, perfeitamente organizado e sistematizado nos moldes do Direito clássico moderno. Talvez não necessitemos de um Direito Internacional da Migração estruturado através de um só documento global central e abrangente, com propostas genéricas o suficiente para serem amplamente aceitas pelos Estados, mas que careçam de efetivação, como inúmeros outros documentos existentes no plano internacional.

¹¹² JUBILUT, L.; APOLINÁRIO, S. **A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração.** Rev. Direito GV. São Paulo 6(1) jan - jun 2010. p. 275-294.

¹¹³ Esta mesma provocação também é levantada por Jane McAdam. (MCADAM, Jane. Book reviews, **international migration law: developing paradigms and key challenges.** Internacional Journal of Refugee Law. v. 19, n. 4, p. 776-779, 2005.)

¹¹⁴ JUBILUT, L.; APOLINÁRIO, S. **A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração.** Rev. Direito GV. São Paulo 6(1) jan-jun 2010. p. 277.

O Direito atual, não cabe nos moldes do Direito clássico, moderno. Vivemos um período de transição paradigmática¹¹⁵ que nos leva a um repensar do Direito; um repensar do Direito Internacional. As migrações devem ser abordadas e reguladas por um Direito que rompe com padrões Vestefalianos de comunidade internacional; que vê além do Estado; um Direito atento às vozes, cores, e lutas do mundo atual.

Parece-nos mais interessante e condizente com o tempo em que vivemos, um Direito Internacional da Migração um tanto quanto *suis generis*, que tenha suas bases de proteção nos Direitos Humanos e que transite transversalmente, em várias dimensões.

Em vez de se propugnar pela criação teórica de um ramo autónomo do direito internacional, o foco deve ser a proteção prática dos migrantes.¹¹⁶

A construção de um Direito Internacional da Migração que parta da proteção do indivíduo perpassa discussões filosóficas. No capítulo seguinte, dissertar-se-á acerca desses elementos teóricos que embasam uma nova perspectiva de Direito Internacional. Discussões que, em certa medida, rompem com características do Direito Internacional moderno, e propugnam por novas dinâmicas de um Direito mais plural, heterogêneo e atento às demandas dos direitos humanos dos migrantes.

¹¹⁵ Na perspectiva de Boaventura de Sousa Santos.

¹¹⁶ JUBILUT, L.; APOLINÁRIO, S. **A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração.** Rev. Direito GV. São Paulo 6(1) jan-jun 2010. p. 292.

CAPÍTULO 3 - POR UM DIREITO INTERNACIONAL DA MIGRAÇÃO INTIMAMENTE LIGADO À NOÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E PLURALIDADE

3.1 Cidadania global, hospitalidade universal e glocalidade

Iniciemos pelas contribuições de Immanuel Kant, que formula noções como a de Cidadania Global, de Hospitalidade Universal, fundamento do Direito Cosmopolita, as quais serão utilizadas como ponto de partida dessa reflexão.

A cidadania global é um conceito, que concebido por Kant, há mais de dois séculos, parecia um tanto quanto contraditório há alguns anos, mas que a cada dia mostra-se mais condizente aos contornos da sociedade internacional contemporânea. Sociedade esta, marcada por um Direito Internacional Público que não atua apenas na regulação das relações entre os Estados, mas que adquire um novo contorno com a internacionalização dos Direitos Humanos. Que tem no indivíduo um sujeito de Direito Internacional.

Immanuel Kant propôs uma comunidade internacional pacífica estabelecida através do Direito. Para tanto, o Direito seria tridimensional: interno, internacional e cosmopolita. O Direito interno regularia a relação entre o Estado e seus próprios cidadãos. O Direito Internacional, por sua vez, as relações entre os diversos países. Ao passo que o Direito Cosmopolita regularia as interações entre um Estado e os cidadãos dos outros Estados e entre os cidadãos dos diversos Estados do mundo.

A proposta de Kant engloba, então, um novo Direito, para além do Direito Internacional, o chamado *ius cosmopoliticu*, que garantiria a possibilidade de relações recíprocas universais entre indivíduos, em uma sociedade internacional na qual nacionais e estrangeiros se tratem com cordialidade, decorrente da posse comum e originária de toda a superfície da terra pela humanidade.¹¹⁷

¹¹⁷ KANT, Immanuel. **Doutrina do Direito**. 2. Ed., Ícone editora, São Paulo, 1993. p. 201.

Não existe nenhum direito de hóspede sobre o qual se possa basear esta pretensão, mas um direito de visita, que assiste todos os homens para se apresentar à sociedade, em virtude do direito da propriedade comum da superfície da Terra, sobre a qual, enquanto superfície esférica, os homens não podem estender-se até ao infinito, mas devem finalmente suportar-se um aos outros, pois originariamente ninguém tem mais direito do que outro a estar num determinado lugar da Terra.¹¹⁸

O desenvolvimento e implementação dessas dimensões seriam imprescindíveis para se alcançar o que o filósofo chama de paz perpétua.¹¹⁹ Kant idealizava uma transição, nas relações internacionais, do estado de guerra para o estado de paz, por meio do Direito. Considerava a guerra, enquanto violência, um anti-direito, o qual os Estados deveriam evitar. Nesse sentido, a noção de paz perpétua é um ideal que regula a própria razão humana; um princípio que não será jamais implementado por completo, mas que, por uma exigência moral deve-se buscar.¹²⁰

A paz kantiana não é apenas um estado de inexistência de guerra, mas de eliminação de outras formas de violência entre Estados. Ou seja, não envolve apenas o não uso da força, mas a realização de esforços para uma coexistência tranquila entre grupos e povos, sem preconceitos, racismos ou xenofobia.¹²¹

Ao construir a noção de paz perpétua, Kant estabelece três condições para que ela fosse alcançada. A primeira delas versa sobre a necessidade de o sistema de governo de cada Estado ser democrático, republicano. Segundo ele, esse é o único modelo que poderia respeitar os direitos do homem. A segunda condição é a necessidade de a comunidade internacional estar unida em uma Federação de Estados livres, com a ambição de consolidarem-se num Estado mundial igualmente democrático, ou seja, numa república mundial.

Para o filósofo, o Estado mundial seria o ideal. No entanto, considerando a improbabilidade de ocorrência de um fenômeno dessa proporção, a Federação de Estados Livres seria o suficiente. Mas esse modelo de federação não corresponde exatamente ao

¹¹⁸ KANT, Immanuel. **Doutrina do Direito**. 2. Ed., Ícone editora, São Paulo, 1993. p. 201

¹¹⁹ KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e outros Opúsculos**, Edições 70, Lisboa, 1990. p. 137.

¹²⁰ Idem. p.119-171.

¹²¹ FARENA, Maritza. **Por uma cidadania universal. Os direitos humanos dos migrantes numa perspectiva cosmopolita**. Jura Gentium: Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale. 2009.

formato federativo de um Estado Nacional. Trata-se, apenas, de um pacto entre os Estados nacionais, os quais manteriam sua soberania, mas estariam unidos por um objetivo comum, qual seja, a manutenção da paz.¹²²

A terceira condição, talvez a que mais nos diz respeito nesse escrito, seria o princípio da Hospitalidade Universal, segundo a construção de Kant, corolário do Direito Cosmopolita.

Segundo o dicionário Aurélio de língua portuguesa, exerce hospitalidade quem, com liberalidade, recebe e agasalha em sua casa, sem remuneração, pessoa de outra terra.¹²³ Ora, pessoa de outra terra é o migrante, o estrangeiro, o forasteiro. Este conceito é tão antigo quanto a existência do homem. Uma atividade social que, desde as eras mais arcaicas, tanto no Ocidente como no Oriente, é considerada como um atributo de pessoas e de espaços. A definição concebe quase que por completo as ideias do filósofo. Observemos os elementos da hospitalidade kantiana.

Primeiramente, para Kant, a hospitalidade é um direito, e não uma filantropia. O direito que um estrangeiro tem de não ser tratado com hostilidade. É um direito natural de livre circulação pertencente a todos os homens, considerando toda a humanidade como possuidora da terra. Nenhum homem teria, originariamente mais direito que outrem de estar numa determinada localidade.

Esse direito possibilitaria um relacionamento pacífico entre os povos afastados do mundo, um intercâmbio fundamental ao conhecimento do outro e, conseqüentemente à paz. Por intermédio da hospitalidade, relações seriam construídas, relações estas que, ao final, se tornariam públicas, e o gênero humano poderia alcançar uma constituição cosmopolita.

¹²² TOSI, Giuseppe explica, em relação ao Projeto Filosófico kantiano: Num primeiro momento (1793), Kant acredita que o "único remédio" ao estado de guerra entre as nações seria a criação de um Estado Universal dos Povos; posteriormente, (1795/96), passa a defender não mais um Estado Universal dos povos, mas uma Federação Universal de Estados livre. Numa passagem da mesma obra, Kant justifica esta mudança de enfoque, afirmando que a ideia de um estado mundial seria em tese a melhor, mas poderia parecer irrealista, e por isso é preferível adotar como seu sucedâneo a ideia de uma federação.

¹²³ FERREIRA, A. B. H. *Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

Para o filósofo, o Direito Cosmopolita é um resultado da possibilidade de consenso de todos os povos em relação a certas “leis universais do seu relacionamento”¹²⁴. É possível interpretar que essas leis universais referem-se aos Direitos Humanos, já que o respeito a eles, por todos os Estados, leva à garantia da cidadania global.

Ao observar a hospitalidade como um direito, as construções teóricas de Kant são de suma importância para o entendimento da migração como um direito fundamental, inclusive já trazido pelos principais documentos de Direitos Humanos, entre eles a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948¹²⁵, em cujo artigo 13 encontramos:

- I) Todo homem tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.
- II) Todo o homem tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.¹²⁶

Maritza Farena afirma que, este consenso, prenunciado por Kant, começou a delinear-se em 1948, com a adoção dessa Declaração por parte das Nações Unidas.¹²⁷ Para Eduardo Rabenhorst, não há dúvidas de que os Direitos Humanos, pelo menos desde a promulgação da Declaração de 1948, estão associados ao ideal kantiano de construção de um Direito Cosmopolita.¹²⁸ Kant pode ter antecipado o que hoje concebemos como o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A noção de cidadania global reflete um novo contorno de Estado, um tanto quanto mitigado, característico da pós-modernidade. Da cidadania ligada unicamente à nacionalidade dada pelo país de origem, passa-se a um conceito mais complexo de

¹²⁴ KANT, Immanuel. **Doutrina do Direito**. 2. Ed., Ícone editora, São Paulo, 1993. p. 202.

¹²⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

¹²⁶ Outros instrumentos universais também reafirmam essa previsão, como o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, Convenção sobre os direitos da criança, e ainda a Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias.

¹²⁷ FARENA, Maritza. **Por uma cidadania universal. Os direitos humanos dos migrantes numa perspectiva cosmopolita**. Jura Gentium: Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale. 2009.

¹²⁸ RABENHORST, Eduardo. **Direitos Humanos e Globalização Contra-hegemônica: notas para o Debate In: Direitos Humanos: os Desafios do Sex. XXI**, p. 20.

cidadania. Gozar de uma cidadania universal, mundial ou cosmopolita, representa usufruir dos direitos humanos consagrados nos instrumentos jurídicos internacionais e nacionais em qualquer tempo e em qualquer lugar.¹²⁹ Nas palavras de Kant, “o direito dos homens deve considerar-se sagrado, por maiores que sejam os sacrifícios que ele custa ao poder dominante”.¹³⁰

Esta concepção revela um giro de cento e oitenta graus em relação à ideia tradicional de cidadania, nascida no nacionalismo, segundo a qual o indivíduo só tem seus direitos reconhecidos internacionalmente porque possui (ou caso possua) um vínculo com um Estado, através da nacionalidade. A cidadania tradicional era (é) grandemente marcada pela dicotomia entre comunidade política interna *versus* anarquia internacional externa; entre pertença a uma comunidade política *versus* vulnerabilidade da "pessoa sem Estado".¹³¹ A cidadania, entendida nesses moldes, tem-se tornado status de discriminação e exclusão de direitos.

É evidente que essas noções estão diretamente relacionadas à promoção e proteção dos direitos humanos dos migrantes. Aplicar ideias de cidadania global significa garantir o direito de migrar, enquanto um direito humano. Significa que todo indivíduo, pelo simples facto de ser humano, faz jus à proteção fora das fronteiras do seu Estado e independentemente das soberanias estatais e da nacionalidade, como já reconhecido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Indica que um estrangeiro no território de outro Estado não seja tratado com hostilidade, mas sim com solidariedade, dentro de um quadro de direitos básicos, reconhecido pela ordem jurídica, que alcance inclusive os direitos económicos e sociais.

Tudo indica que estamos hoje em fase de transição do Direito Internacional para o Direito Cosmopolítico. Ou seja, vivemos uma época na qual os Estados existem, mas o fortalecimento das Nações Unidas e outras organizações internacionais mitiga, em certa medida, suas soberanias.

¹²⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **Cidadania Multidimensional na Era dos direitos** In: Teoria dos Direitos Fundamentais, Org., p. 309/311.

¹³⁰ KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e outros Opúsculos**. Edições 70, Lisboa, 1990. p. 164.

¹³¹ FALK, Richard. **El Declive de la ciudadanía en una Era de Globalización**, In. Globalización y derechos humanos en América Latina, p.242.

Alguns filósofos analisam a comunidade internacional através da perspectiva kantiana. A exemplo, Habermas, o qual entende que a teoria kantiana deve ser revista. No entanto, afirma que o Direito Cosmopolítico é a perspectiva mais coerente do desenvolvimento do Estado de Direito, garantidor dos direitos humanos na sociedade internacional. Ou seja, para o alemão, a comunidade internacional deve buscar a construção de um Estado de Direito, essencialmente cosmopolítico, no qual os direitos humanos de todos prevaleçam, partindo da ideia de uma federação de cidadãos e não de Estados.

Segundo Habermas, a segunda Guerra Mundial garantiu as condições para que se iniciasse a transição do Direito Internacional ao Direito Cosmopolita. Foi a partir desse evento que a ideia da paz perpétua ganhou uma força entre as instituições, declarações e políticas das Nações Unidas e outras organizações internacionais. Nesse sentido, o Direito Cosmopolita se encontra em vias de concretização inclusive em função da formação de um espaço público global.¹³²

Em uma análise contemporânea da sociedade internacional, com fortes influências kantianas, o filósofo italiano Giuseppe Tosi propõe:

uma rede alternativa de instituições internacionais e supranacionais - tanto da esfera estatal como da sociedade civil - com força suficiente para enfrentar os problemas que o mercado cria e os Estados não podem resolver, permitindo assim uma melhor distribuição da riqueza em âmbito internacional e retirando as raízes mais profundas da violência e da guerra. Nesta perspectiva, os Estados nacionais não desapareceriam, mas continuariam tendo um papel próprio na garantia dos direitos e das identidades locais de seus cidadãos, mas delegariam a organismos supranacionais, em base ao princípio de subsidiariedade, as soluções dos conflitos e dos problemas que superem suas fronteiras e sobre a base do reconhecimento de uma cidadania não somente nacional, mas cosmopolita.¹³³

No mesmo sentido, Zygmunt Bauman, prevê uma mudança no Direito Internacional, o qual não mais seria uma simples garantia de mútua existência das soberanias nacionais, passando a ser um verdadeiro direito da comunidade universal,

¹³² HABERMAS, Jürgen. **A Ideia Kantiana de paz perpétua - à distância histórica de 200 anos**, In: *A Inclusão do Outro*, Edições Loyola, São Paulo, 2002. p.185 e ss.

¹³³ TOSSI, Giuseppe. **Quais desafios o mundo globalizado coloca para os direitos humanos?** Rev. Novamérica. n° 141. Jan-mar, 2014.

exercido por instituições republicanas mundiais e estabelecido tendo como base os Direitos Humanos.¹³⁴

Pois bem. É evidente que todos esses ideais kantianos relacionados à cidadania global, são de suma importância para a construção teórica de um Direito Internacional da Migração que considere a supremacia dos Direitos Humanos.

Todavia, a realidade factual mostra-nos a existência de um grande hiato entre o plano das ideias e a prática concreta dos Estados no que tange ao tratamento dos migrantes ao redor do planeta. As pessoas em movimento, em geral já excluídas em seu local de origem, constantemente veem-se desprovidas de dignidade ao não encontrar hospitalidade no local de destino. Fica evidente que o homem, o qual deveria ser protagonista do cosmopolitismo é frequentemente marginalizado, em contrariedade ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e ao Direito Cosmopolita.

Não se faz um Direito Cosmopolita através da construção de muros¹³⁵. Não se faz um direito mais humano com fronteiras cada vez mais altas. Direitos humanos não são efetivados sem solidariedade entre os povos.

Sejam os mexicanos rumo aos Estados Unidos, os Sírios rumo ao Líbano ou Jordânia, ou haitianos rumo ao Brasil, todos, independentemente de sua nacionalidade, sua raça, religião ou cor, ou situação legal, possuem, assim como os nacionais do país de destino, uma humanidade comum e, por isso, o direito a um tratamento decente e humano.

No entanto, o que observamos é um déficit de efetividade dos documentos relacionados à migração. Esses documentos estão eivados de uma fragilidade tamanha que os torna pequenos frente ao atual contexto da globalização econômica e de agressiva campanha anti-terrorista pós o "11 de setembro".

É evidente que uma atribuição primária da soberania é o poder do Estado de defender suas fronteiras bem como sua segurança nacional. No entanto, em seus atos de expulsão, deportação ou impedimento de entrada do indivíduo, os Estados muitas vezes ignoram obrigações relacionadas aos direitos humanos dessas pessoas em movimento.

¹³⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização - as consequências humanas**. Jorge Zahar Ed. Rio de Janeiro 1999.

¹³⁵ Nos Estados Unidos da América, por exemplo, a implementação de barreiras físicas, como muros, sensores e câmeras, acontece paralelamente às barreiras legais e administrativas.

Esses atos devem ser justificados, proporcionais e necessários.¹³⁶ E no que tange aos refugiados, devem ainda considerar o princípio do *non-refoulement*. Os Estados devem cumprir as prerrogativas da sua soberania, levando em consideração a dignidade da pessoa humana, evitando, por exemplo, a privação da liberdade do migrante, através de prisões administrativas.¹³⁷ Ou ainda garantindo o acesso à justiça caso haja qualquer ilegalidade nesses procedimentos. Não há razão para enxergarmos os migrantes (forçados ou não) como potenciais inimigos dos Estados. O controle de migração não é a arma principal para combater o terrorismo.¹³⁸

No entanto, Estados colocam seus interesses económicos e de segurança, muitas vezes acima das questões humanitárias que assolam o planeta. O que nos leva a indagar se o consenso ético-moral da sociedade universal criado em 1948 em torno dos direitos humanos fundamentais está sendo devidamente implementado.

As inúmeras restrições legais à entrada de migrantes em determinados Estados fomentam a migração irregular.¹³⁹ Os Estados, por sua vez, não reconhecem direitos aos que migram irregularmente. Estes indivíduos, na condição de indocumentados, não possuem, muitas vezes, os mais primários direitos, como à saúde, educação dos filhos, acesso à justiça e locomoção. São submetidos a tratamentos desumanos, tem suas privacidades invadidas e usurpadas, são submetidos a interrogatórios abusivos e muitas vezes a trabalhos análogos à escravidão.¹⁴⁰ “Fecha-se a porta da frente, negando-se aos imigrantes e seus familiares o status de trabalhadores legais e, conseqüentemente, os direitos de cidadania”.¹⁴¹

¹³⁶ PERRUCHOUD, Richard. **State sovereignty and freedom of movement**. In. Foundations of International Migration Law . Cambridge University Press. Cambridge, 2012. p. 135.

¹³⁷ Como acontece com frequência em países como Austrália e Itália, onde a lei 129/2011 autoriza a privação de liberdade para migrantes em situação irregular por até 18 meses.

¹³⁸ Idem. p. 136.

¹³⁹ FARENA, Maritza. **Por uma cidadania universal. Os direitos humanos dos migrantes numa perspectiva cosmopolita**. Jura Gentium: Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale. 2009.

¹⁴⁰ Segundo dados da Organização Internacional para as Migrações, estima-se que entre 10 e 15 por cento dos cerca de 214 milhões de migrantes existentes em 2010, estariam em situação irregular. Nesse caso, o número de migrantes sem documentação que permita atividades no país de residência estaria entre 20 e 30 milhões, maior do que o número de refugiados. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **World Migration Report 2010: The future of Migration: Building Capacities dor Change**. 2010.)

¹⁴¹ FARENA, Maritza. **Por uma cidadania universal. Os direitos humanos dos migrantes numa perspectiva cosmopolita**. Jura Gentium: Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale. 2009.

crece o número dos "ilegais" e dos traficantes de mão-de-obra estrangeira, que com objetivos de lucro, incrementam os ingressos - e mortes - de migrantes, ampliando os custos com controle e expulsão nos países de destino e alimentando ao mesmo tempo, no mundo industrializado, o medo dos fluxos incontrolados. O fenômeno da ilegalidade é tão preocupante que em nível mundial constata-se que o aumento da presença de "ilegais" e clandestinos é hoje considerado um fenômeno estrutural.¹⁴²

Nesse sentido, caminha a comunidade internacional a um caminho oposto ao proposto por Kant. A restrição de sair ou entrar em espaços delimitados constitui, cada vez mais, um contra-senso diante do processo de globalização.¹⁴³ Os migrantes mostram ao mundo a maior contradição da nossa sociedade globalizada: o fruto do trabalho é global, o produto é global, mas o trabalhador não. Mercadorias circulam livremente ao tempo que as pessoas são impedidas de ultrapassar os limites previamente estabelecidos. O mundo não está tão globalizado para as pessoas quanto para os capitais.¹⁴⁴

O que caracteriza a mobilidade humana hoje não é a hospitalidade, mas a xenofobia, o racismo, a recusa do outro e a violação de direitos fundamentais. Tudo isso travestido de restrição, luta contra o terror ou contra o narcotráfico.

Partindo disso, o grande desafio na proteção das pessoas em movimento no nosso tempo é tornar efetivos os direitos humanos dos quais são titulares esses migrantes. Ou seja, incluí-los em sistemas de proteção baseados na cidadania mundial de Direitos Humanos, acima mesmo dos próprios Estados, de tal forma que o respeito à dignidade de cada migrante não tenha como base o seu status jurídico de nacionalidade ou sua permanência "legal".¹⁴⁵ Nesse sentido, parece-nos mais interessante um Direito Internacional da Migração que esteja intimamente ligado ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, e seus vários documentos, do que um Direito pretensamente autónomo.

¹⁴² HUGO, Graeme: **Migrações Internacionais Não-documentadas: Uma tendência global crescente.** Revista Travessia, n. 30, São Paulo: CEM. Jan./Ab.98. Ano XI p.5/7.

¹⁴³ MÁRMORA, Lelio. **Las políticas de migraciones internacionales.** Buenos Aires, Alianza Editorial S.A., 1996. p. 78.

¹⁴⁴ FARENA, Maritza. **Por uma cidadania universal. Os direitos humanos dos migrantes numa perspectiva cosmopolita.** Jura Gentium: Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale. 2009.

¹⁴⁵ TORRES, Ricardo Lobo. (Org.) **A Cidadania Multidimensional na Era dos direitos, Teoria dos Direitos Fundamentais,** 2 ed., Renovar, 2001. p. 309-311.

Ocorre que, como nos adiantou Bobbio ainda no século XX, desafio da efetivação dos Direitos Humanos é maior que o da justificação ou positivação desses direitos.¹⁴⁶ Para que sejam mais efetivos e façam parte da vida concreta do migrante, é necessário que haja um consenso diplomático sobre a sua relevância. Mas quando o tema é migração, esse consenso parece longe de ser alcançado em uma perspectiva global.¹⁴⁷

Em diversos livros e artigos sobre as migrações internacionais, é possível identificar uma preocupação acerca do facto de o Direito Internacional da Migração não contar com um documento global que sistematize suas normas. Como se fosse essa a sua fragilidade. Mas, conforme vimos, a fragilidade do Direito Internacional da Migração está em não ter como ponto de partida o indivíduo e seus direitos.

Ao analisarmos o Direito Internacional da Migração com um mínimo de realismo, entendemos que ainda estamos longe de um documento global acerca do tema, considerando a pluralidade de interesses internacionais, os quais não convergem.¹⁴⁸

Preocupar-se com a ausência de um instrumento global está intimamente ligado ao sentido atribuído à globalização enquanto um fenómeno, em larguíssima escala, o qual tem arraigado em si a noção de homogeneização, em detrimento de tudo que é local. Esse olhar globalizante não é suficiente para explicar toda a complexidade do período em que vivemos.

Na perspectiva construída por Roland Robertson, o global não está em oposição com o local. A globalização envolve diferentes temporalidades e espacialidades e, portanto, o local faz parte da globalização. Em suas palavras:

Globalization – in the broadest sense, the compression of the world – has involved and increasingly involves the creation and the incorporation of

¹⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro. Editora Campus, 1992. p. 25-28.

¹⁴⁷ Basta observarmos como exemplo a Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (1990). Tal convenção foi assinada principalmente por países de emigração, os mais preocupados na garantia dos direitos.

¹⁴⁸ Em uma perspectiva elaborada por Krasner de convergência de expectativas. “Os regimes internacionais são definidos como princípios, normas, regras e procedimentos de tomada de decisões ao redor dos quais as expectativas dos atores convergem em uma dada área-tema”. (KRASNER, Stephen. **Causas estruturais e consequências dos Regimes Internacionais: Regimes como variáveis intervenientes**. Rev. Sociol. Polít., v. 20, n. 42, Curitiba. 2012. p. 93.)

locality, processes which themselves largely shape, in turn, the compression of the world as a whole.¹⁴⁹

Roland Robert explorou, no ramo da sociologia, a ideia de “glocalização”. E é partindo dessa noção, em uma análise dialética com as ideias kantianas já apresentadas, que devemos entender a regulação dos direitos das pessoas em movimento no âmbito internacional. É na complementariedade dessas duas noções que o Direito Internacional da Migração encontrará caminhos para a proteção do indivíduo.

E é exatamente nesse ponto que a noção kantiana de “cidadania global” se hibridiza com a noção de “glocalização” desenvolvida por Roland Robert. Vejamos:

Para a estruturação de um Direito Internacional da Migração que parta da proteção do indivíduo, é fundamental que os Direitos Humanos sejam basilares. Pelo facto de serem homens, possuem o direito de serem acolhidos com hospitalidade e dignidade em todos os lugares do planeta. Nesse sentido existem os documentos globais de Direitos Humanos, os quais já consideram essa noção.

No que toca à migração, a efetivação desses direitos já estabelecidos globalmente, perpassa iniciativas locais. Isto porque, a migração tem uma nuance local e é, ao mesmo tempo, um fenômeno da realidade global. Essa nuance é claramente demonstrada pelo facto de, a grande maioria das pessoas em movimento, percorrerem curtas distâncias. Tanto as migrações internacionais de curto tempo, quanto as de longo tempo acontecem entre estados próximos geograficamente.¹⁵⁰

O Centro de Desenvolvimento de Pesquisas em Migração, Globalização e Pobreza, da Universidade de Sussex, em parceria com a Divisão Populacional das Nações Unidas, desenvolveram uma pesquisa para identificar os fluxos migratórios entre os anos de 2000 e 2002. O resultado mostra com bastante clareza que a grande maioria dos migrantes de determinada região de planeta, vem de países localizados naquela mesma região.

¹⁴⁹ ROBERTSON, Roland. **Glocalization: time-space and homogeneity – heterogeneity**. In. *Global Modernities*. SAGE Publication, 1995. p. 40

¹⁵⁰ BEDFORD, Richard. **Contemporary patterns of international migration**. In. *Foundations of International Migration Law*. Cambridge University Press. Cambridge, 2012. p. 29.

Por exemplo, 82,4% dos indivíduos que vivem em país diferente de sua nacionalidade no continente africano, vieram de outro país da própria África. O mesmo acontece com a Ásia. 72,4% dos migrantes em países asiáticos são provenientes de países da própria Ásia. O padrão se repete em relação à Europa, a qual, no período da pesquisa, também recebeu muito mais migrantes europeus (53, 7%) do que de outras localidades do mundo.

As Migrações internacionais não ocorrem aleatoriamente, mas geralmente acontecem entre países com laços históricos, culturais ou económicos.¹⁵¹ O Direito Internacional da Migração deve estar atento a isso. Seus tratados, documentos e iniciativas práticas, para garantir maior efetividade, devem considerar as problemáticas locais e a cultura daqueles que serão por eles atingidos.

Partindo disso, é possível afirmar que a proteção do migrante internacional não perpassa, necessariamente, um documento global sobre o tema, mas documentos e iniciativas regionais, coerentes o bastante para promover os Direitos Humanos desses indivíduos, o que, conseqüentemente, refletiria na esfera global. O Direito Internacional da Migração precisa ser entendido e fortalecido nas perspectivas locais, regionais e inter-regionais. Paradoxalmente, deve ser construído na heterogeneidade e no pluralismo (e não na homogeneização própria da globalização), mas ao mesmo tempo partindo da noção de que todo homem é cidadão global e detentor de direitos no plano internacional.

A seguir, intentamos demonstrar como o fortalecimento das dinâmicas regionais é a estratégia mais coerente para lidar com a atual crise migratória e para construir um Direito Internacional da Migração que parta da proteção do indivíduo e que esteja em sintonia com os documentos internacionais de Direitos Humanos.

¹⁵¹ KRITZ, Mary. Zlotnik, Hania. **International Migration Systems: A Global Approach**. Claredon Press. 1992.

3.2 – As dinâmicas regionais e seu contributo de pluralidade ao Direito Internacional da Migração

Nas últimas décadas o mundo viveu uma tendência de integração regional. O surgimento de blocos regionais formais como a União Europeia, o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), a Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN) entre diversos outros, ocorreu, partindo de vínculos não apenas geográficos, mas culturais, económicos, sociais e políticos, com o intuito de alcançar paz, cooperação e prosperidade comercial e económica. Além disso, outras dinâmicas, mais informais, agrupam países em torno de temas e objetivos comuns. No mundo atual, não existe um só Estado que não seja parte de instituições e tratados regionais.

Sem dúvida, essas integrações afetaram as migrações, especialmente aumentando em volume aquelas realizadas entre países da mesma região. Conforme já identificamos, a maioria dos migrantes internacionais permanece em países vizinhos ou localizados geograficamente próximos.¹⁵² Isso nos leva a crer que todas essas afinidades que levam os países a se unirem, deveriam ser consideradas na cooperação internacional quando o assunto é migração, o que garantiria mais viabilidade às iniciativas legais e práticas de proteção do indivíduo em movimento.

Apesar disso, é possível identificar uma fragilidade na maneira como a política internacional (e até a própria academia) tem observado a problemática das migrações internacionais: nos últimos anos, os debates de política internacional sobre migração, especialmente no norte do planeta, estão focados, predominantemente, em soluções globais. Um exemplo disso é o estabelecimento, no ano de 2007, do Fórum Global sobre Migração e Desenvolvimento. É evidente que a dimensão global do assunto é relevante, porém, muitas vezes, a dimensão regional resta negligenciada nesses debates.¹⁵³

Assim, é importante verificar como e em qual medida os processos formais de integração regional e a regionalização informal através de processos consultivos e fóruns

¹⁵² BEDFORD, Richard. **Contemporary patterns of internacional migration**. In. Foundations of International Migration Law. Cambridge University Press. Cambridge. 2012. p. 30.

¹⁵³ MUNK, R.; HYLAND, M. **Migration, regional integration and social transformation: A North–South comparative approach**. Global Social Policy. Dublin City University. p. 3.

podem contribuir para a proteção dos indivíduos em movimento e para o fortalecimento do Direito Internacional das Migrações.

O fenômeno da regionalização, no que toca aos assuntos migratórios, acontece em três dinâmicas. A primeira é a das instituições regionais formais, como União Europeia, MERCOSUL, ASEAN, entre outras. A segunda é a dos chamados Processos Consultivos Regionais sobre migrações. A terceira dinâmica de que nos ocuparemos é a dos Fóruns inter-regionais sobre migrações.

Essas dinâmicas são simultâneas, se sobrepõem e se complementam. A seguir, trataremos de cada uma delas, trazendo alguns exemplos, suas iniciativas, fragilidades e também desafios no estabelecimento de normas, diretrizes, bem como práticas e políticas sobre o tema das migrações. Cada uma dessas dinâmicas possui um papel para o fortalecimento do Direito Internacional das Migrações.

3.2.1 Instituições regionais formais e o tratamento de temas migratórios.

Os processos de integração regionais estabeleceram novos contornos ao mundo desde as últimas décadas. Em regra, se iniciam com propostas de cooperação econômica relacionadas a zonas de preferências tarifárias, áreas de livre comércio, uniões aduaneiras, mercados comuns, podendo chegar a união monetária e questões políticas e sociais.

Ao avaliarmos o desenvolvimento de processos de integração como a União Europeia e o MERCOSUL, percebemos que essas instituições nasceram primariamente com objetivos comuns ligados ao mercado. Temas relacionados à migração, não faziam parte de seus documentos iniciais. Porém, com o passar dos anos, foram, gradativamente, absorvendo temas diversos, entre eles o relacionados à migração em sua agenda.

Essa primeira dinâmica, dotada da grande formalidade trazida por documentos constitutivos e tratados comuns, bem como caracterizada pelo alto nível de politização de suas discussões, não tem a migração como elemento principal de integração, mas apenas

secundário, elevado ao patamar de tema relevante posteriormente, durante o desenrolar do processo integrativo.

É evidente que as instituições regionais se desenvolvem em diferentes velocidades e o nível de cooperação institucionalizada no que tange à migração difere significativamente entre as regiões. Assim o é, em parte, porque algumas regiões se preocupam com fluxos que chegam, enquanto outras convergem suas atenções para os fluxos que dali partem. Existem ainda regiões que se preocupam primariamente com as migrações intra-regionais.

A seguir, observemos alguns exemplos de instituições regionais formais, evidenciando especificidades nas suas maneiras de tratarem temas relacionados às migrações.

a) África

A União Africana, estabelecida em 2002, trata o tema das migrações por uma perspectiva bastante peculiar, qual seja, a do desenvolvimento. Existe um número considerável de políticas orientadas à visão de como a migração pode contribuir para o desenvolvimento regional.¹⁵⁴

O “quadro estratégico para políticas de migração”, lançado no ano de 2001, continha dois focos principais: o primeiro, conter a saída de profissionais capacitados através da geração de oportunidades de emprego; o segundo, mobilizar a diáspora africana para o desenvolvimento dos seus países de origem.

Essa mesma perspectiva continuou norteando as ações africanas para migração. Em 2006, a União Africana produziu o “Quadro de políticas migratórias para a África”¹⁵⁵ e a “Posição Africana Comum sobre migração e desenvolvimento”.¹⁵⁶ Criou-se também O Diretório de Cidadãos Africanos, com o objetivo de conectar diásporas e Estados de origem.

¹⁵⁴ ADEPOJU, Aderanti. **The Future of Migration Policies in Africa**. IOM. 2010. Disponível em: <http://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr2010_migration_policies_in_africa.pdf> Acesso em: 01 jun. 2017.

¹⁵⁵ UNIÃO AFRICANA. **The Migration Policy Framework for Africa**. Conselho executivo. 9ª Sessão Ordinária. Doc. EX.CL/276 (IX). 2006.

¹⁵⁶ Idem. Doc. EX.CL/277(IX). 2006.

No plano sub-regional, existe uma integração bem mais antiga: Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental (CEDEAO)¹⁵⁷, estabelecida em 1975. A Comunidade nasceu com o objetivo de promover a cooperação e o desenvolvimento em todos os campos da atividade económica, social e cultural, visando uma melhor qualidade de vida do povo africano.

O Oeste africano é uma região onde fatores culturais, climáticos, geográficos e políticos levam a um alto índice de migração tanto inter-territorial como internacional. Um fator relevante é a existência de fronteiras estabelecidas artificialmente pelas colônias inglesa e britânica, as quais não consideram a geografia étnica da região.

Um protocolo de 1979 garante aos nacionais dos países membros da comunidade o direito de visto grátis de entrada, residência e emprego em toda a região.¹⁵⁸ Apesar disso, a implementação do protocolo tem sido dificultada, especialmente porque nem todos os indivíduos possuem passaporte. Além disso, não há muito sucesso no que tange à abolição dos pontos de checagem das fronteiras, bem como à diminuição das expulsões em massa que ocorrem na região. Alguns países membros mantiveram leis restritivas para entrada de cidadãos de outros países membros.¹⁵⁹

O caso do oeste africano é paradigmático no que diz respeito à importância do fortalecimento das instituições regionais referentes a assuntos migratórios. Primeiramente, porque cerca de 83 por cento dos migrantes da região nasceram em países da própria região¹⁶⁰, ou seja, os fluxos intra-regionais são de monta relevante.¹⁶¹ Em segundo lugar, porque uma instituição regional estruturada e com normas sistematizadas atenderia às especificidades culturais e económicas daquela região, as quais são mais efetivas que as iniciativas globais para práticas de proteção dos indivíduos em movimento.

¹⁵⁷ Em Inglês: Economic Community of West African States (ECOWAS).

¹⁵⁸ COMUNIDADE ECONÓMICA DOS ESTADOS DA ÁFRICA OCIDENTAL. **Protocol relating to free movement of persons of West African States**. Artigo. 27(1). 1975.

¹⁵⁹ POPP, Karoline. **Regional processes, law and institutional developments on migration**. In. Foundations of International Migration Law. Cambridge University Press. Cambridge. 2012. p. 369.

¹⁶⁰ BEDFORD, Richard. **Contemporary patterns of international migration**. In. Foundations of International Migration Law. Cambridge University Press. Cambridge. 2012. p. 33.

¹⁶¹ Idem. p. 34-35.

b) Américas

O Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), constituído em 1992, é um exemplo típico de instituição que se estabeleceu, primariamente como um mercado comum, com foco puramente na integração económica e, com o passar dos anos, foi, gradativamente, absorvendo temas relacionados à migração em sua agenda. Fato que demonstra essa afirmação é a inclusão, em 1998, dos princípios de não discriminação e igualdade de direitos para os trabalhadores migrantes em relação aos nacionais, na Declaração Sociolaboral.

O “Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL, Bolívia e Chile”¹⁶², foi firmado em 2002. Em 2003, firmou-se o “Acordo para a Criação do ‘Visto Mercosul’ ”¹⁶³. Estes documentos garantiram um arcabouço legal para que houvesse um aumento do fluxo de pessoas no cone sul do continente.

É imprescindível ressaltar, que nesse mesmo ano de 2003, fundou-se o Foro Especializado Migratório do MERCOSUL, o qual traz marcos relevantes para a política da região sobre o assunto. Trata-se de uma plataforma importante de capacitação, informação, e consultas.

Um diferencial da instituição regional em comento é a sua preocupação com a proteção dos direitos humanos dos migrantes, a qual levou à criação da “Declaração de Santiago sobre princípios migratórios”, em 2004.

Um passo relevante para a integração sul americana foi a criação da União de Nações Sul-americanas (UNASUL), a qual uniu o MERCOSUL, a Comunidade Andina de Nações, o Chile, a Guiana e o Suriname, em 2011. Essa instituição consubstancia um avanço considerável nos esforços de integração no plano da migração. Isso porque um de seus objetivos é “a cooperação em matéria de migração, com enfoque integral e baseada no respeito irrestrito aos direitos humanos e trabalhistas para a regularização migratória e a harmonização de políticas”¹⁶⁴.

¹⁶² MERCOSUL. **Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL, Bolívia e Chile**. 2002.

¹⁶³ MERCOSUL. **Acordo para a Criação do "Visto Mercosul"** - Dec. nº 16/03. 2003.

¹⁶⁴ UNASUL. **Tratado Constitutivo da União de Nações Sul-americanas**. 2011. Art. 3.

Em novembro de 2012, a UNASUL entendeu que a perspectiva migratória é um passo essencial na construção da cidadania sul-americana. Conforme o artigo 1º da Decisão nº 8 de 2012, decidiu-se “iniciar a construção da Cidadania Sul-Americana a partir de sua dimensão migratória, considerando a ampliação dos acordos regionais, sub-regionais e bilaterais, sem prejuízo dos avanços que se produzam em outras dimensões que se estimem prioritárias sobre o tema”.¹⁶⁵ É de se observar que o próprio texto do artigo já indica que outros temas mais prioritários que o migratório podem se sobrepor a ele.

Ao analisar as políticas para migração da América do Sul, a Dra. Carolina Claro conclui que “as diretrizes migratórias muitas vezes representam intenções políticas com poucas consequências práticas ou com entraves procedimentais”.¹⁶⁶

No contexto da América Central e Caribe existe o Sistema de Integração Centro-Americana (SICA) e a Comunidade Caribenha (CARICOM). No âmbito do SICA não há referência a questões migratórias em seu quadro institucional. Entretanto, o órgão recebe a Comissão da América Central para migração desde seu nascimento, nos anos 90.

A Comissão, organizada e secretariada pela Organização Internacional para as Migrações, serve como um fórum de consulta e coordenação entre as autoridades migratórias, com vistas a gerir o movimento de pessoas na América Central. É de suma relevância que o Sistema de Integração Centro-Americana inclua em sua agenda questões migracionais. Primeiramente pelo padrão, já observado, e que se repete: 59 por cento daqueles que emigram da América Latina e Caribe se destinam a outro país da mesma região.

Ainda há que se considerar toda a problemática do Haiti, país assolado, em janeiro de 2010, por um desastre ambiental que provocou ondas migratórias para vários países americanos, especialmente para o Brasil e diversos países da própria América Central e Caribe.

¹⁶⁵ UNASUL. Decisão número 8 de 2012. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_integracao/docs_UNASUL/DEC08.2012.pdf> Acesso em: 5 mai. 2017.

¹⁶⁶ CLARO, Carolina. **A proteção dos “Refugiados Ambientais” no Direito Internacional**. Tese. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. p. 31.

c) *Ásia*

Dentre as várias transformações que varreram a Ásia na última metade do século passado, o aumento da mobilidade populacional foi um dos mais marcantes. Houve um aumento em número e também em complexidade do movimento populacional, tanto como causa como consequência das dramáticas mudanças sociais, económicas, políticas e demográficas.¹⁶⁷ A Ásia é um continente muito populoso. Por isso, os fenômenos migratórios são igualmente volumosos. Em regra, a migração na Ásia está ligada a questões económicas e ao movimento de mão de obra.

A Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN) foi instaurada em 1967, com objetivo de manutenção da paz, segurança, prosperidade económica e desenvolvimento sócio-cultural. O tema da migração não está presente no documento fundador da instituição. Apenas recentemente a problemática foi inserida na agenda da mesma, como um assunto sensível, o qual deve ser tratado de maneira formal em contexto multilateral.¹⁶⁸

A principal problemática está relacionada à falta de acesso à migração regular e segura. O tráfico de pessoas para mão de obra é intenso e, em regra, se destina aos países da própria Ásia. De acordo com dados da Organização Internacional do Trabalho, 66.5% dos imigrantes internacionais que vivem nos países da ASEAN, são provenientes da região.¹⁶⁹

Em janeiro de 2007, a ASEAN deu passo fundamental na abordagem da questão dos trabalhadores migrantes, assinando a “Declaração da ASEAN sobre a Proteção e Promoção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes” (DPPMW). A Declaração exige que os países da ASEAN promovam a empregabilidade com pagamento apropriado de salários e acesso adequado a condições dignas de trabalho e de vida para os trabalhadores migrantes. Foi criado um Comité para a implementação desta Declaração.

¹⁶⁷ HUGO, Graeme. **Migration in the Asia-Pacific region**. National Centre for Social Applications of GIS. University of Adelaide. OIM. 2015. p. 52.

¹⁶⁸ POPP, Karoline. **Regional processes, law and institutional developments on migration**. In. Foundations of International Migration Law. Cambridge University Press. Cambridge. 2012. p. 370.

¹⁶⁹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Migration in ASEAN in figures: The International Labour Migration Statistics (ILMS) Database in ASEAN**. 2015. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/---sro-bangkok/documents/publication/wcms_420203.pdf> Acesso em: 5 jun. 2017.

Em 2004, criou-se o “Plan of Action for Cooperation on Immigration Matters”, com objetivo de fortalecer a cooperação regional sobre o assunto e lutar contra crimes transnacionais, como o tráfico de pessoas.

Ainda, anualmente, acontece o Fórum da ASEAN para Trabalhadores Migrantes, o qual reúne representantes dos governos, empregadores e trabalhadores, bem como organizações da sociedade civil.

Na edição de 2015 do Fórum, finalizou-se o Acordo da ASEAN sobre Promoção e Proteção dos Direitos dos Trabalhadores. A adoção desse documento em um Fórum sobre migração é emblemática. Isto porque este documento é mais amplo, no sentido de ser aplicável a todos os trabalhadores e reconhece a igualdade de status aos trabalhadores migrantes.

Há indicações de que as migrações continuarão a aumentar em escala, diversidade e impacto no continente asiático.¹⁷⁰E, apesar de todas essas iniciativas, o que se observa é que a cooperação regional para migração no contexto asiático permanece fraca e insipiente,¹⁷¹ principalmente do ponto de vista da aplicabilidade concreta.

O tráfico de pessoas e principalmente as condições de trabalho dos trabalhadores migrantes são ainda desafios que devem ser superados para se alcançar um panorama de maior proteção do indivíduo em movimento.

d) União Europeia

É indubitável que a União Europeia ostenta, de longe, a legislação mais robusta sobre movimento de pessoas intra-região. A liberdade de circulação e de residência das pessoas é uma pedra angular do bloco europeu.

Um dos marcos mais significativos na criação de um mercado interno com livre circulação de pessoas foi a conclusão dos dois acordos de Schengen: o Acordo de Schengen propriamente dito, de 14 de junho de 1985, e a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, assinada em junho de 1990 a qual entrou em vigor em março de 1995.

¹⁷⁰ HUGO, Graeme. **Migration in the Asia-Pacific region**. National Centre for Social Applications of GIS. University of Adelaide. OIM. 2015. p. 52.

¹⁷¹ HUGO, Graeme. **The Future of Migration Policies in the Asia-Pacific Region**. IOM. 2010. p. 14.

Atualmente, vinte e seis países compõem o Espaço Schengen, no qual não há controlo de fronteiras internas (ou seja, nas fronteiras entre dois Estados Schengen). Há apenas controlos harmonizados, com base em critérios claramente definidos, nas suas fronteiras externas (ou seja, nas fronteiras entre um Estado Schengen e um Estado não Schengen). Assim, os cidadãos da União Europeia, bem como os nacionais de países terceiros, podem viajar livremente dentro do Espaço Schengen, só sendo objeto de controlo quando atravessarem as suas fronteiras externas.¹⁷²

O Tratado de Maastricht, de 1992, introduziu a noção de cidadania europeia, segundo a qual, qualquer nacional de um Estado-Membro é, automaticamente, cidadão da União Europeia. É precisamente nesse instituto que assenta o direito de livre circulação e residência das pessoas no território dos Estados-Membros. Mais tarde, o Tratado de Lisboa confirmou este direito.

A principal base jurídica do tema encontra-se no Tratado da União Europeia, em seu artigo 3.º, n.º 2, o qual estabelece:

A União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno.

O tema é trazido também nos Títulos IV e V do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, destinados, respectivamente, à regulação da livre circulação de pessoas, serviços e capitais e ao estabelecimento de um espaço de liberdade, segurança e justiça.

Apesar de a criação do Espaço Schengen ser considerado uma exponents realização da União Europeia, o presente afluxo de refugiados e migrantes tem colocado a UE sob forte pressão. Desde setembro de 2015, o número maciço de recém-chegados levou alguns

¹⁷² COMISSÃO EUROPEIA. Europa sem fronteiras: o Espaço Schengen. Disponível em: <https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/docs/schengen_brochure/schengen_brochure_dr3111126_pt.pdf> Acesso em: 01 jun. 2017.

Estados-Membros a reintroduzir temporariamente os controlos nas fronteiras internas do Espaço Schengen.¹⁷³

Os atuais desafios conduzem a discussões acerca da segurança do bloco, bem como sobre a necessidade de novas medidas com vista à melhoria da gestão das fronteiras externas.

3.2.2 Processos Consultivos Regionais sobre Migrações (PCR)

Passemos à segunda dinâmica pela qual o Direito Internacional das Migrações se materializa: os chamados Processos Consultivos Regionais sobre Migrações (PCR)¹⁷⁴.

Os PCR são encontros regionais de Estados, dedicados ao tema das migrações.¹⁷⁵ São caracterizados pela informalidade, no sentido de que, em certa medida, seu cenário possui uma natureza despolitizada, ou seja, fora das instituições regionais acima criadas. Explico. Os PCR são intencionalmente projetados para tratar do tema das migrações. Portanto, não se confundem com as instituições trazidas nos tópicos anteriores, as quais foram criadas com objetivos económicos, políticos e sociais, e agregaram, posteriormente, temas de migração em suas agendas.

A ideia inicial era de que os PCR fossem completamente independentes das instituições regionais formais, no entanto, logo se entendeu que isso não seria desejável, principalmente considerando o papel que essas instituições possuem na construção da governança sobre migração. Portanto, as instituições regionais formais ocupam um lugar relevante dos PCR.

Most RCPs are not officially associated with formal regional institutions. This, however, does not mean that RCPs operate in a vacuum. Instead, they are

¹⁷³ MARZOCCHI, Ottavio. **Livre circulação de pessoas**. Fichas técnicas sobre União Europeia. Parlamento europeu. 2017. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_2.1.3.html> Acesso em 01. Jun. 2017.

¹⁷⁴ Em inglês “Regional Consultative Processes on Migration”.

¹⁷⁵ HASSEN, Randall. **An Assessment of Principal Regional Consultative on Migration**. OIM. 2010. p. 12.

often embedded in their regional contexts and interact with regional bodies, associations and integration processes in complex ways. RCPs, and above all those that have emerged within the last decade, should be seen as a reflection and reinforcement of a trend towards greater political and economic regionalization across the globe.¹⁷⁶

Nesse sentido, observa-se que os Processos Consultivos Regionais não denotam um contorno regional idêntico àquele das instituições regionais formais, ou ainda um contorno que obedece a divisões geográficas regionais previamente definidas. Tem-se que os PCR podem abarcar duas ou mais regiões ou sub-regiões geográficas. Muitas vezes, os países que compõem PCR comuns não são sequer geograficamente contínuos¹⁷⁷, pois se considera a geofraficalidade migratória e não necessariamente a territorial.¹⁷⁸ Por exemplo, podem se juntar em reuniões periódicas como essas, países que se entendem como países de destino de migrantes e, portanto passam a discutir iniciativas de cooperação com base nessa característica comum.

Como decorrência da informalidade desses encontros, tem-se a natureza não vinculativa de seus resultados. Alexander Betts esclarece que tais redes de políticas trans-governamentais podem ser definidas como estruturas de governança não hierárquicas em que as relações entre os representantes do governo são reiteradas e duradouras, mas onde nenhum membro tem o poder de arbitrar ou obrigar a tomada de determinada postura.¹⁷⁹

Informality helps break down barriers to cooperation, such as an absence of trust between states, fears of political or financial costs, adversarial international relationships, or a lack of understanding of the perspectives and concerns of others.¹⁸⁰

¹⁷⁶ HASSEN, Randall. **An Assessment of Principal Regional Consultative on Migration**. OIM. 2010. p. 12.

¹⁷⁷ Como exemplo podemos citar as “Consultas intergovernamentais sobre Migração, Asilo e Refúgio” (Inter-governmental Consultations on Migration, Asylum and Refugees), compostas por: Australia, Belgium, Canada, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Netherlands, New Zealand, Norway, Spain, Sweden, Switzerland, the UK and the USA.

¹⁷⁸ POPP, Karoline. **Regional processes, law and institutional developments on migration**. In. Foundations of International Migration Law. Cambridge University Press. Cambridge. 2012. p. 373.

¹⁷⁹ BETTS, Alexander. **The Global Governance of Migration and the Role of Trans-Regionalism**. In. The politics of Global Migration. Routledge. p. 23.

¹⁸⁰ HASSEN, Randall. **An Assessment of Principal Regional Consultative on Migration**. OIM. 2010. p. 12.

Os PCR são compostos e dirigidos por Estados, no entanto, recebem o apoio de diversas Organizações Não Governamentais, como a própria Organização Internacional para as Migrações (OIM).

Em resumo, podemos dizer que os Processos Consultivos Regionais são construídos sobre 5 pilares: o diálogo informal; a discussão a portas fechadas; o desenvolvimento de "boas práticas"; a ausência de criação de norma formal; e o envolvimento de agentes públicos não eleitos.¹⁸¹

Observemos alguns exemplos relevantes de Processos Consultivos Regionais sobre migrações.

As Consultas Intergovernamentais sobre Migração, Asilo e Refugiados, criadas em 1985, são consideradas as predecessoras de todos os Processos consultivos Regionais, pois abriram caminhos para iniciativas similares ao redor do mundo, o que levou os PCR a uma categoria reconhecida internacionalmente. Atualmente engloba quinze Estados da Europa e América do Norte, mais Austrália e Nova Zelândia. Inicialmente o foco central de suas discussões era o asilo. No entanto, nos últimos anos, questões relacionadas à imigração e à integração têm crescido.¹⁸²

Em 1991, surgiu o segundo PCR: o Processo de Budapeste. Seu objetivo principal era apoiar a ascensão dos países da Europa central e do leste europeu à categoria de países membros da União Europeia, por intermédio do desenvolvimento de suas capacidades de gestão migratória.¹⁸³ Atualmente, visa à diminuição da migração irregular do leste para a Europa ocidental. Objetiva também auxiliar os países da Europa ocidental, membros da União Europeia em sua adaptação ao *Acquis communautaire* (vistos, controle de fronteiras, e políticas migratórias comuns).

No contexto americano, um exemplo de PCR a ser citado é a Conferência Regional sobre Migração (ou “Processo Puebla”), estabelecida em 1996. Constitui um fórum regional multilateral sobre migrações internacionais no qual países da América central,

¹⁸¹ HASSEN, Randall. **An Assessment of Principal Regional Consultative on Migration**. OIM. 2010. p. 23-24.

¹⁸² Idem. p. 12.

¹⁸³ POPP, Karoline. **Regional processes, law and institutional developments on migration**. In. *Foundations of International Migration Law*. Cambridge University Press. Cambridge. 2012. p. 374.

México, Estados Unidos e Canadá compartilham perspectivas, problemáticas comuns e experiências, buscando uma melhor gestão dos fluxos migratórios englobando países de origem, trânsito e destino.

Seus objetivos envolvem: gerir o movimento irregular de pessoas através e para a região; relacionar a migração ao desenvolvimento; favorecer a cooperação entre os Estados para o retorno dos migrantes irregulares ao seu país de origem; assegurar o respeito aos Direitos Humanos; investir em cooperação técnica; combater o tráfico de pessoas.

No contexto africano, os PCR tendem a se alinharem aos mecanismos regionais formais pré-existentes de cooperação. Temos ao menos três PCR que devem ser citados. O primeiro deles é o Diálogo sobre Migração na África Meridional¹⁸⁴, criado no ano 2000. Esta instituição tem ao menos sete temas principais, quais sejam: migração irregular; migração e desenvolvimento; migração e saúde; capacitação e gestão de migração; migração forçada; trabalhadores migrantes; políticas para migrações; legislação e coleta de dados.¹⁸⁵

Há ainda o Diálogo sobre Migração no Oeste Africano¹⁸⁶, criado em 2001. Trabalha em íntima cooperação com a já citada Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental, especialmente em temas relacionados com controle de fronteiras, migração irregular, direitos dos migrantes e desenvolvimento.¹⁸⁷

Um terceiro exemplo no contexto africano é a chamada Autoridade Intergovernamental para Desenvolvimento – Processo Consultivo Regional para Migração, instituída em 2008. O foco principal dessa iniciativa é a coerência interna das políticas migratórias bem como a implementação do já citado Quadro de Políticas Migratórias para a África, lançado em 2006, pela União Africana.¹⁸⁸

Na Ásia os PCR possuem um papel de destaque. Karoline Popp atribui essa característica à fraqueza, ou ausência de instituições regionais formais, comparativamente

¹⁸⁴ Migration Dialogue for Southern Africa.

¹⁸⁵ HASSEN, Randall. **An Assessment of Principal Regional Consultative on Migration**. OIM. 2010. p. 55.

¹⁸⁶ Migration Dialogue for West Africa

¹⁸⁷ POPP, Karoline. **Regional processes, law and institutional developments on migration**. In. Foundations of International Migration Law. Cambridge University Press. Cambridge. 2012. p. 374.

¹⁸⁸ Idem.

com outras partes do globo.¹⁸⁹ Desde 1996, existem as Consultas Intergovernamentais da Ásia e do Pacífico para Refugiados, Deslocados e Migrantes¹⁹⁰, nas quais, discutem-se, hoje, predominantemente temas relacionados ao refúgio.

Existe ainda o chamado “Processo Bali”, criado em 2002, o qual visa, através da cooperação regional, combater o tráfico humano, bem como pensar e executar iniciativas regionais de combate à migração irregular. O “Processo Colombo”, no mesmo sentido, trata-se de um fórum asiático para discussão e troca de experiências relacionadas à migração intra-regional. Esse PCR tem uma característica peculiar, pois seus objetivos estão voltados, especialmente, a questões relacionadas aos trabalhadores migrantes da região.¹⁹¹

3.2.3 Fóruns Inter-Regionais para Migrações (FIR)

A terceira dimensão pela qual se dá o desenvolver do Direito Internacional das Migrações é a dimensão inter-regional, a qual se materializa nos chamados Fóruns Inter-Regionais (FIR)¹⁹².

Os FIR são diálogos diretos e não vinculativos liderados por Estados sobre temas relacionados à migração, unindo duas ou mais regiões. Esses encontros servem ao compartilhamento de informações e experiências, bem como à busca de soluções comuns no contexto de migração-desenvolvimento. Os FIR não são tão regulares e informais como os PCR e podem assumir a forma de fórum amplos e inclusivos que são largamente irrestritos no número de participantes.¹⁹³

Os FIR abordam várias áreas de gestão da migração como: migração laboral, migração e desenvolvimento, migração irregular, direitos dos migrantes, tráfico de seres

¹⁸⁹ Idem.

¹⁹⁰ Inter-governmental Asia-Pacific Consultations on Refugees, Displaced Persons and Migrants.

¹⁹¹ HASSEN, Randall. **An Assessment of Principal Regional Consultative on Migration**. OIM. 2010. p. 65-66.

¹⁹² Inter-regional fora on Migration (IRF).

¹⁹³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **Inter-Regional Forums on Migration**. Disponível em: <<https://www.iom.int/inter-regional-forums-migration>> Acesso em: 7 jun. 2017.

humanos, contrabando de migrantes, etc. Atualmente existem ao menos 17 iniciativas como essas.¹⁹⁴

O Diálogo Euro-Africano sobre Migração e Desenvolvimento (Processo Rabat) é exemplo de FIR. Reúne países europeus e africanos da África do Norte, Ocidental e Central, bem como a Comissão Europeia (CE) e a Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental (CEDEAO). O “Processo Rabat” visa fornecer um quadro para consulta e coordenação; contribuir para enfrentar os desafios colocados pela migração; e encorajar oportunidades de intercâmbio e desenvolvimento.¹⁹⁵

O “Diálogo Bi-regional Estruturado e Compreensivo sobre Migração entre União Europeia, América Latina e Caribe”¹⁹⁶ estabelecido em 2009, objetiva identificar desafios comuns e áreas de cooperação mútua, bem como construir uma base mais sólida para a migração, com base no princípio da responsabilidade compartilhada.¹⁹⁷ Esse Fórum Inter-regional (FIR) surgiu como decorrência dos encontros da Cimeira entre a União Europeia, América Latina e Caribe.

Outro exemplo relevante é o “Diálogo de Abu Dhabi”. Criado em 2008, fortalece as relações entre países asiáticos e os Emirados Árabes Unidos, bem como outros países do Golfo Pérsico. O principal objetivo é melhorar a gestão da mobilidade de trabalhadores migrantes, através de análises das tendências do mercado de trabalho, criação de perfis de habilidade para contratos temporários e capacitação de trabalhadores que preencham a relação demanda/oferta. Visa ainda diminuir o recrutamento ilegal de trabalhadores asiáticos.

O “Diálogo de Abu Dhabi” iniciou um projeto piloto envolvendo os Emirados Árabes, Índia e Filipinas, com vistas à contratação de funcionários temporários para os ramos de saúde, hotelaria e construção civil. O projeto foi colocado pelo Fórum Mundial sobre Migração e Desenvolvimento como um exemplo, pois possui padrões a serem

¹⁹⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **Inter-Regional Forums on Migration**. Disponível em: <<https://www.iom.int/inter-regional-forums-migration>> Acesso em: 7 jun. 2017.

¹⁹⁵ Idem.

¹⁹⁶ European Union – Latin America and the Caribbean Structured and Comprehensive Bi-regional Dialogue on Migration.

¹⁹⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **Inter-Regional Forums on Migration**. Disponível em: <<https://www.iom.int/inter-regional-forums-migration>> Acesso em: 7 jun. 2017.

seguidos de contratação, saúde e segurança do empregado, observando, portanto, o direito dos migrantes.¹⁹⁸

3.3 O trans-regionalismo como elemento importante à governança global para migração.

Conforme se observa, as três dinâmicas concomitantes e sobrepostas são fundamentais à governança global sobre o tema e são parte da *praxis* do Direito Internacional da Migração. Cada uma agregando de uma forma.

A primeira dinâmica, referente às instituições regionais oficiais, é caracterizada pela formalidade, bem como pelo alto nível de politização de suas discussões. Partindo disso, quando o assunto é migração, essa dinâmica é fundamental à promoção da discussão do tema nos âmbitos políticos e formais, inclusive buscando a produção e assinatura de documentos e instrumentos internacionais que estabeleçam normas e diretrizes comuns e harmonizadas entre seus Estados-parte.

No entanto, a política internacional em várias áreas relacionadas à migração é caracterizada por uma estrutural assimetria de poder, geralmente entre Estados origens de fluxos migratórios e Estados receptores. Considerando a ausência de uma regulamentação mais robusta, os Estados receptores acabam por se firmarem como “rule-makers”, enquanto os Estados de origem são relegados à posição de “rule-takers”.¹⁹⁹ Essa oposição acontece tanto no plano global quanto regional e, muitas vezes, se coloca como um obstáculo a uma cooperação formal.

É evidente que essa dimensão formal, a qual tem os Estados como agentes principais, é fundamental. No entanto, não é suficiente para promover a proteção dos direitos dos migrantes *de per si*.

¹⁹⁸ POPP, Karoline. **Regional processes, law and institutional developments on migration.** *In.* Foundations of International Migration Law. Cambridge University Press. Cambridge. 2012. p. 377.

¹⁹⁹ BETTS, Alexander. **The Global Governance of Migration and the Role of Trans-Regionalism.** *In.* The politics of Global Migration. Routledge. p 8.

É necessário que haja um diálogo inclusivo entre representantes (governamentais e não governamentais) de diferentes regiões por meio de dinâmicas transversais, a qual compreenda iniciativas bilaterais, regionais, e inter-regionais. A esse fenômeno dá-se o nome de trans-regionalismo.

The combination of cross-cutting forums and norms creates a rich and varied tapestry of institutions in which states can selectively engage with and include or exclude different partners in accordance with their preferences. For example, any pair of states across two different regions might be simultaneously connected by a set of different norms and forums. Relations between predominantly migrant receiving states in the north and predominantly migrant sending or transit states in the south are increasingly regulated through a complex array of cross-cutting institutions.²⁰⁰

O trans-regionalismo e suas redes transgovernamentais possuem a vantagem de serem rápidas e flexíveis²⁰¹, bem como de promoverem um ambiente multilateral de diálogo sobre temas relacionados à migração, o qual envolve não somente os Estados, mas também outros atores, como organizações internacionais e iniciativas da sociedade civil. Isso é de extrema importância, principalmente considerando que a reticência dos Estados em se submeterem ao multilateralismo sobre migrações é real, especialmente ao compararmos com outros temas internacionalmente relevantes.²⁰²

Nesse sentido, os Processos Consultivos Regionais e os Fóruns Inter-Regionais tem, precipuamente, o papel de criar uma cultura de cooperação relacionada à migração. No âmbito global, a multiplicação de modelos como esses, chamados por Alexander Betts de “governança informal baseada em redes de cooperação”²⁰³, podem mudar o paradigma dos Estados de que a migração é um assunto de soberania e segurança interna, para uma perspectiva multilateral.

²⁰⁰ ²⁰⁰ BETTS, Alexander. **The Global Governance of Migration and the Role of Trans-Regionalism.** *In.* The politics of Global Migration. Routledge. p. 18.

²⁰¹ *Idem.* p. 23.

²⁰² HASSEN, Randall. **An Assessment of Principal Regional Consultative on Migration.** OIM. 2010. p. 22.

²⁰³ BETTS, Alexander. **Global Migration Governance: The Emergence of a New Debate.** Oxford University. 2010. p. 3.

Karoline Popp destaca ao menos três maneiras pelas quais esses processos trans-regionais contribuem para a governança internacional para migrações. Primeiramente, constrói um ambiente de confiança entre os Estados, aumentando a concordância destes acerca de temas relacionados à mobilidade internacional. Em segundo lugar, quebra divisões entre Estados e entre departamentos governamentais dentro dos Estados, facilitando a harmonia de posicionamentos entre regiões. Por fim, garante uma maior capacitação de pessoal e gera mudanças em leis, políticas e práticas de gestão migracional nos níveis nacional e regional.²⁰⁴

É evidente que nem os PCR nem os FIR foram criados com o objetivo de produzir legislação no âmbito nacional ou mesmo para promover a criação de instrumentos internacionais sobre o assunto. Se essa fosse a intenção inicial, talvez muitos processos não teriam saído do papel.²⁰⁵ No entanto, é necessário que se entenda que esses processos regionais podem servir como plataforma para incentivar a ratificação e a adesão de tratados internacionais.

Sobre isso, as Doutoras. Liliana Jubillut e Erika Ramos ressaltam que:

Regionalism, especially in Latin America, emerges as a strategic option that can provide an open dialogue among states and non-state actors. It can, thus, stimulate cooperation to elaborate more coherent policies and legal frameworks to address common impacts on the countries of the region, as well as allow for the effective protection of these migrants.²⁰⁶

O “Processo de Budapest”, por exemplo, promoveu entre seus membros a ratificação de vários documentos internacionais, como a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (2000) e de seus protocolos adjacentes²⁰⁷. Conforme afirma Hassen, esses processos não são criadores de documentos e obrigações, mas facilitadores.²⁰⁸

²⁰⁴ POPP, Karoline. **Regional processes, law and institutional developments on migration.** *In.* Foundations of International Migration Law. Cambridge University Press. Cambridge. 2012. p. 378.

²⁰⁵ Idem.

²⁰⁶ JUBILUT, L.; RAMOS, E. **Regionalism: a strategy for dealing with crisis migration.** FMR 45. 2014. p. 67.

²⁰⁷ O primeiro deles relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças e o segundo contra o Contrabando de Migrantes por Terra, Mar e Ar.

Além disso, é imperioso destacar que as atividades de vários PCR e FIR são pautadas na proteção de Direitos Humanos. Tomemos o “Diálogo de Abu Dhabi” como exemplo. O mesmo incluiu os direitos humanos dos migrantes (especialmente dos trabalhadores) nas discussões entre países de origem e de destino, em uma região na qual a discussão acerca de direitos era praticamente ausente.²⁰⁹

Dessa forma, é coerente afirmarmos que o fortalecimento da dimensão trans-regional ao promover o debate sobre Direitos Humanos no tratamento de questões migratórias, coaduna com a noção de cidadania global trabalhada anteriormente nesse escrito.

As dimensões trans-regionais, suas propostas e iniciativas são mais capazes de promover um Direito Internacional da Migração que parta do indivíduo (considerando o ambiente plural e despolitizado que propiciam, incluindo agentes não estatais) do que as instituições regionais formais, as quais colocam, em regra, os interesses estatais e económicos como prioridade.

Ao considerar-se as inúmeras categorias de migrantes que existem no mundo de hoje e suas características peculiares, percebe-se que a proteção dos direitos desses milhares de pessoas deve advir da heterogeneidade e do pluralismo. Soluções que seriam impensáveis em uma região se mostram frutíferas em outras. Iniciativas criativas e que se alinhem com a realidade local do migrante são fundamentais para proteção de seus direitos. Nesse sentido, o trans-regionalismo mostra-se como uma estratégia fundamental à construção de um Direito Internacional da Migração mais plural e que parta do indivíduo.

²⁰⁸ HASSEN, Randall. *An Assessment of Principal Regional Consultative on Migration*. OIM. 2010. p. 43.

²⁰⁹ POPP, Karoline. *Regional processes, law and institutional developments on migration*. In. *Foundations of International Migration Law*. Cambridge University Press. Cambridge. 2012. p. 378.

CONCLUSÃO

Os movimentos migratórios existem desde os primórdios da vida humana. O estrangeiro sempre foi considerado a partir do sentimento de pertencimento do grupo, enquanto aquele que não pertence. Inicialmente, era o estranho à relação do clã, da família. Com o nascimento das cidades, era aquele estranho a ela. Na Idade Média, o fortalecimento do critério territorialidade, fez com que o estrangeiro se tornasse aquele vindo de outras terras.

A Idade Moderna e o nascimento do Estado-nação trouxeram novos contornos à figura do estrangeiro. O surgimento na noção de nacionalidade foi elemento fundamental a essa concepção moderna do estrangeiro. Este passou a ser, então, aquele nascido em outro Estado, o indivíduo nacional de outro país. A partir disso, houve a percepção de migrações internacionais, ou seja, fluxos de pessoas em movimento que atravessavam fronteiras de Estados.

Nesse momento, porém, a regulação desses movimentos era precipuamente realizada pelos próprios Estados, individualmente. Apenas mais tarde, no século XX, surge a noção de Direito Internacional da Migração, enquanto um conjunto de normas internacionais aplicáveis ao tema, ou seja, normas que estavam além dos Estados individualmente considerados.

O século passado viveu ainda, no pós-guerra, um processo de internacionalização dos Direitos Humanos, através de documentos internacionais que asseguravam direitos e garantias fundamentais de todos os indivíduos. Dentre estes documentos, destacamos a Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948, a qual afirma a igualdade de todos e a não discriminação em razão de origem, bem como a liberdade dos indivíduos de deixarem seus países de origem e para eles retornarem a qualquer tempo. Outros documentos, inspirados nesta Declaração, sugeriram ao redor do mundo, firmando o estrangeiro como um sujeito de direitos no plano internacional.

Nas últimas décadas, o Direito Internacional tem vivido um processo de fragmentação, com o surgimento de diversas áreas de especialização e regimes autônomos. Nesse escrito, analisamos o Direito Internacional da Migração como algo nascido na

modernidade, mas que se estabeleceu na contemporaneidade em um contexto de fragmentação do Direito.

Estabelecemos três conceitos aceitos de “regime autónomo” ou “especial”: o primeiro, estrito, relacionado especialmente à noção de normas secundárias, que coloca os regimes autónomos como um conjunto de normas especiais fortes relativas à responsabilidade do Estado, ou seja, leis que têm em si meios de reação ao descumprimento; um segundo conceito, um pouco mais amplo, que considera regimes autónomos conjuntos de normas (primárias e secundárias) que abordam um tema particular de uma forma diferente de como o direito geral aborda, excluindo-o; por último, um conceito que entende como regimes autónomos domínios inteiros de especialização do Direito, que tem métodos próprios de interpretação, aplicação e especialmente, princípios próprios, que diferem do Direito geral.

A partir da análise dos argumentos favoráveis e desfavoráveis à caracterização do Direito Internacional da Migração como regime autónomo (especial), concluímos que o mesmo não se enquadra em nenhum dos três conceitos.

Isto porque, conforme demonstrado, suas fontes não são autónomas, mas sim fontes ligadas ao Direito Internacional geral. No mesmo sentido, não existem normas secundárias específicas para a responsabilização dos Estados que descumpram normas relacionadas à migração. Não existe, ainda, uma sistematização de regras de interpretação ou princípios próprios do Direito Internacional da Migração.

Um conjunto de normas que versam sobre o mesmo assunto não é o suficiente para caracterizar um regime especial (ou autónomo). Considerar apenas o critério da especialidade, não é adequado. Dizer ainda que a existência de iniciativas relacionadas às migrações em diferentes instituições internacionais, inclusive no plano da ONU, é bastante para caracterizar esse conjunto de normas como “regime autónomo” não é coerente, vez que não preenche todos os requisitos dos conceitos internacionalmente aceitos para tal.

Além disso, considerou-se que a autonomia de um Direito Internacional da Migração, único, global, pode significar um obscurecimento das particularidades de cada tipo de migrante e especificidades de fluxos migratórios que são heterogêneos por natureza.

A migração internacional, hoje, é demasiadamente dinâmica, complexa, conflitual. Concluimos que a melhor maneira de proteger a pessoa em movimento, não perpassa a criação de mais um ramo do Direito, perfeitamente organizado e sistematizado nos moldes do Direito clássico moderno. Não é necessário um Direito Internacional da Migração estruturado através de um só documento global, central e abrangente, com propostas genéricas o suficiente para serem amplamente aceitas pelos Estados, mas que careçam de efetivação, como inúmeros outros documentos existentes no plano internacional. É necessário o estabelecimento de um Direito Internacional da Migração que parta da proteção do indivíduo, ou seja, que esteja intimamente ligado aos Direitos Humanos e às noções de pluralidade.

Essa proposta está embasada nas ideias da cidadania global kantiana e de hospitalidade universal. Os Direitos Humanos, universalmente considerados, abrangem todos os indivíduos do globo, que possuem o direito de serem tratados com dignidade, independente de onde estejam. O homem, enquanto ocupante maior do planeta, possui liberdade de nele se movimentar. A partir disso, entendemos o direito de migrar, como um direito humano.

Nesse sentido, um *standard* básico de direitos fundamentais dos indivíduos migrantes já está estabelecido internacionalmente, no plano global, por meio de documentos de Direitos Humanos. São direitos como o de liberdade de locomoção, de expressão, não discriminação, reunião familiar, dignidade entre diversos outros. O que precisamos é de uma materialização desses direitos no plano prático.

Mostra-se condizente com o tempo em que vivemos, leia-se, um tempo de transição paradigmática rumo ao estabelecimento da pós-modernidade, um Direito Internacional da Migração um tanto quanto *suis generis*, que tenha suas bases de proteção nos Direitos Humanos, e que perpasse transversalmente, em várias dimensões.

Para tanto, a noção de glocalidade se mostra fundamental. O fortalecimento das dinâmicas regionais é a estratégia mais coerente para lidar com a atual crise migratória e para construir um Direito Internacional da Migração, voltado à proteção do indivíduo e que esteja em sintonia com os documentos internacionais de Direitos Humanos.

Demonstrou-se que, para além das instituições regionais formais, caracterizadas pela politização de suas discussões, são fundamentais as dinâmicas regionais e inter-regionais informais, que atraíam para as mesas de discussão outros sujeitos para além do Estado, como as organizações internacionais e iniciativas da sociedade civil.

Os Processos Consultivos Regionais e os Fóruns Inter-regionais para migrações, ou seja, as dinâmicas trans-regionais, são instrumentos de relevância para o fortalecimento de um Direito Internacional da Migração mais plural e atento à heterogeneidade dos fluxos migratórios contemporâneos.

Em um mundo onde o fruto do trabalho é global, mas o trabalhador não, onde a globalização atinge em maior medida o capital e menos as pessoas, revela-se mais adequada essa perspectiva mais humanística, plural e heterogênea, a qual desafia paradigmas da modernidade e tendências homogeneizantes de globalização. Por meio dessa perspectiva, pode ser construído um Direito Internacional da Migração que parta do indivíduo e de seus Direitos Humanos, que seja essencialmente plural e adequado à sociedade internacional contemporânea.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Paula. **GATS: o acordo sobre serviços da OMC**. Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB, Brasília, v. 2, n. 2, jul./dez. 2005.

ADEPOJU, Aderanti. **The Future of Migration Policies in Africa**. IOM. 2010. Disponível em: <http://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr2010_migration_policies_in_africa.pdf> Acesso em: 01 jun. 2017.

ALBUQUERQUE, Rui de. ALBUQUERQUE, Martim de. **História do Direito Português**. Vol. I, tomo II. Lisboa. 1983.

ALMEIDA, Francisco de. **Direito Internacional Público**. 2. ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização - as conseqüências humanas**. Jorge Zahar Ed. Rio de Janeiro 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós-modernidade**. Zahar, Rio de Janeiro. 1997.

BEDFORD, Richard. **Contemporary patterns of internacional migration**. In. Foundations of International Migration Law. Cambridge University Press. Cambridge. 2012.

BETTS, Alexander. **Global Migration Governance: The Emergence of a New Debate**. Oxford University. 2010. p. 3.

BETTS, Alexander. **The Global Governance of Migration and the Role of Trans-Regionalism**. In. The politics of Global Migration. Routledge.

BÍBLIA. N. T. Gálatas 3:28. Português. Tradução de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, 1966.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro. Editora Campus, 1992.

CHETAIL. Vincent. **Sources of International Migration Law**. In. Foundations of International Migration Law. Cambridge University Press. Cambridge. 2012.

CLARO, Carolina. **A proteção dos “refugiados ambientais” no Direito Internacional**. Tese. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law**. 2006. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2017.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Projeto de artigos sobre a responsabilidade internacional dos estados**. Disponível em:

<<http://iusgentium.ufsc.br/wpcontent/uploads/2015/09/Projeto-da-CDI-sobre-Responsabilidade-Internacional-dos-Estados.pdf>> Acesso em: 9 nov. 2015.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the fifty-fourth session** (2002). A/57/10. Disponível em: <<http://legal.un.org/ilc/reports/2002/>> Acesso em 23 mar. 2017. p. 238-239.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the fifty-fifth session** (2003). A/58/10. Disponível em: <<http://legal.un.org/ilc/reports/2003/>>. Acesso em: 23 mar. 2017. p. 269.

COMISSÃO EUROPEIA. **Europa sem fronteiras: o Espaço Schengen**. Disponível em: <https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/docs/schengen_brochure/schengen_brochure_dr3111126_pt.pdf> Acesso em: 01 jun. 2017.

COMUNIDADE ECONÓMICA DOS ESTADOS DA ÁFRICA OCIDENTAL. **Protocol relating to free movement of persons of West African States**. Artigo. 27(1). 1975.

DAL RI, Luciene, DAL RI. **Cidadãos e Latinos na Experiência jurídica da Roma Antiga: Novas possibilidades para um modelo de inclusão**. Revista NEJ - Novos Estudos Jurídicos. Vol. 18 - n. 2 – 2013.

DORSINFANC-SMETS, Annie. **Les Étrangers dans la Société Primitive**. In: L'Étranger, Recueils de La Société Jean Bodin pour L'histoire Comparative des Institutions, Vol. IX, Dessain em Tolra Paris, 1984.

DUPUY, René-Jean. **O Direito Internacional**. Livraria Almedina. Coimbra, 1993.

FALK, Richard. **El Declive de la ciudadanía en una Era de Globalización**, In: Globalización y derechos humanos en América Latina.

FARENA, Maritza. **Por uma cidadania universal. Os direitos humanos dos migrantes numa perspectiva cosmopolita**. Jura Gentium: Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale. 2009.

FERREIRA, A. B. H. **Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA AS CRIANÇAS (UNICEF). **Adolescents, Youth and International Migrants: Figures and Facts**. 2011.

GROTIUS, Hugo. **De Jure belli ac pacis**. Libri Tres, ed. por James Brown Scott, The Classics of International Law (Oxford: Clarendon Press, 1925), libro II, cap. XVI, sec. XXIX.

HABERMAS, Jürgen. **A Ideia Kantiana de paz perpétua - à distância histórica de 200 anos**, In: A Inclusão do Outro, Edições Loyola, São Paulo, 2002.

HAFNER, Gerhard. **Risks ensuing from fragmentation of international law**. In: COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Report of the

fifty-second session. 2000. A/55/10. Disponível em:

<<http://untreaty.un.org/ilc/reports/2000/repfra.htm>>. Acesso em 6 fev. 2017.

HASSEN, Randall. **An Assessment of Principal Regional Consultative on Migration**. OIM. 2010.

HUGO, Graeme. **Migration in the Asia-Pacific region**. National Centre for Social Applications of GIS. University of Adelaide. OIM. 2015.

HUGO, Graeme. **The Future of Migration Policies in the Asia-Pacific Region**. IOM. 2010.

HUGO, Graeme: **Migrações Internacionais Não-documentadas: Uma tendência global crescente**. Revista Travessia, n. 30, São Paulo: CEM. Jan./Ab.98. Ano XI.

IONIȚĂ, Liana Andreea. **Is European Union law a fully self-contained regime?: a theoretical inquiry of the functional legal regimes in the context of fragmentation of international law**. In: Studia Politica : Romanian Political Science Review 15 (2015), 1.

JAPIASSU, Hilton. **Introdução ao pensamento epistemológico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, 1979.

JUBILUT, L.; APOLINÁRIO, S. **A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração**. Rev. Direito GV. São Paulo 6(1) jan - jun 2010.

JUBILUT, L.; RAMOS, E. **Regionalism: a strategy for dealing with crisis migration**. FMR 45. 2014.

KANT, Immanuel. **Doutrina do Direito**. 2. Ed., Ícone editora, São Paulo, 1993.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e outros Opúsculos**, Edições 70, Lisboa, 1990.

KRASNER, Stephen. **Causas estruturais e consequências dos Regimes Internacionais: Regimes como variáveis intervenientes**. Rev. Sociol. Polít., v. 20, n. 42, Curitiba. 2012.

KRITZ, Mary. Zlotnik, Hania. **International Migration Systems: A Global Approach**. Clarendon Press. 1992.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACEDO, Paulo Emílio. **A Genealogia da Noção de Direito Internacional**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Nº 18. 2010.

MACHADO, Jónatas E. M. **Direito Internacional: do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro**. 4 Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MÁRMORA, Lelio. **Las políticas de migraciones internacionales**. Buenos Aires, Alianza Editorial S.A., 1996.

MARZOCCHI, Ottavio. **Livre circulação de pessoas**. Fichas técnicas sobre União Europeia. Parlamento europeu. 2017. Disponível em:

http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId =FTU_2.1.3.html> Acesso em 01. Jun. 2017.

MBAYA, Etienne-Richard. **Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas**. Estud. av. vol.11 no. 30. São Paulo Maio/Agosto. 1997.

MCADAM, Jane. Book reviews, **international migration law: developing paradigms and key challenges**. *Internacional Journal of Refugee Law*. v. 19, n. 4, 2005.

MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 13 ed. revista e ampliada, Rio de Janeiro. Renovar. 2001.

MERCOSUL. **Acordo para a Criação do "Visto Mercosul"** - Dec. nº 16/03. 2003.

MERCOSUL. **Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL, Bolívia e Chile**. 2002.

MUNK, R.; HYLAND, M. **Migration, regional integration and social transformation: A North-South comparative approach**. *Global Social Policy*. Dublin City University. p. 3.

NAFZGER, James. **The General Admission of Aliens under International Law**. *American Journal of International Law* 77, 1983.

NEVES. Alexandra Chícharo. **Os Direitos do Estrangeiro: Respeitar os Direitos do Homem**. Teses: 36. Lisboa. 2011.

OMELANIUK, Irena. **Global Migration institutions and processes**. *In*. *Foundations of International Migration Law*. Cambridge University Press. Cambridge. 2012.

OPEKIN, B.; PERRUCHUD, R.; CROSS, J. **Conceptualising international migration law**. *In*. *Foundations of International Migration Law*. Cambridge University Press. Cambridge. 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Organização internacional para as migrações fortalece vínculos com a ONU**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/organizacao-internacional-para-as-migracoes-fortalece-vinculos-com-onu/>> Acesso em: 13 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Migration in ASEAN in figures: The International Labour Migration Statistics (ILMS) Database in ASEAN**. 2015. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/---sro-bangkok/documents/publication/wcms_420203.pdf> Acesso em: 5 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **About IOM**. Disponível em: <<https://www.iom.int/about-iom>> . Acesso em: 13 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **About Migration Law**. Disponível em: <<https://www.iom.int/about-migration-law>> . Acesso em: 13 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **Global Migration Trends Factsheet**. IOM's Global Migration Data Analysis Centre. 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **Inter-Regional Forums on Migration**. Disponível em: <<https://www.iom.int/inter-regional-forums-migration>> Acesso em: 7 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **World Migration Report 2010: The future of Migration: Building Capacities for Change**. 2010.

PERRUCHOUD, Richard. **State sovereignty and freedom of movement**. In. Foundations of International Migration Law . Cambridge University Press. Cambridge, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2002.

POPP, Karoline. **Regional processes, law and institutional developments on migration**. In. Foundations of International Migration Law. Cambridge University Press. Cambridge. 2012.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA DESENVOLVIMENTO. **Human Development Report 2009: Overcoming Barriers: Human Mobility and Development**. 2009.

RABENHORST, Eduardo. **Direitos Humanos e Globalização Contra-hegemônica: notas para o Debate** In: Direitos Humanos: os Desafios do Sex. XXI, p. 20.

REZEK, José F. **Direito internacional público: curso elementar**. 13 ed. rev., aumen. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROBERTSON, Roland. **Glocalization: time-space and homogeneity – heterogeneity**. In. Global Modernities. SAGE Publication, 1995.

SOARES, Guido. **Os direitos humanos e a proteção dos estrangeiros**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 99. 2004.

STEUDEL, Adelângela. **Jusnaturalismo Clássico e o Jusnaturalismo Racionalista**. Revista Publ. UEPG Ci. Hum., Ci. Soc. Apl., Ling., Letras e Artes, Ponta Grossa, 15 (1) 43-52, jun. 2007.

SUR, Serge. **L'interprétation em Droit international public**. Librairie Générale de Droit e de jurisprudence. Paris, 1974.

TEDESCO, João Carlos. **Estrangeiros, extracomunitários e transnacionais: paradoxos da alteridade nas migrações internacionais : brasileiros na Itália**. 1 ed. EDIPUCRS, 2010.

TESSER, Gelson. **Principais linhas epistemológicas contemporâneas**. Educ. rev. N°. 10 Curitiba Jan./Dec. 1994.

TORRES, Ricardo Lobo. **Cidadania Multidimensional na Era dos direitos** In: Teoria dos Direitos Fundamentais, 2 ed., Renovar, 2001.

TOSSI, Giuseppe. **Quais desafios o mundo globalizado coloca para os direitos humanos?** Rev. Novamérica. n° 141. Jan-mar, 2014.

UNASUL. Decisão número 8 de 2012. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_integracao/docs_UNASUL/DEC08.2012.pdf> Acesso em: 5 mai. 2017.

UNASUL. **Tratado Constitutivo da União de Nações Sul-americanas.** 2011.

UNIÃO AFRICANA. **The Migration Policy Framework for Africa.** Conselho executivo. 9ª Sessão Ordinária. Doc. EX.CL/276 (IX). 2006.

VARLEZ, Louis. **Les migration internationales et leur réglementation.** Recueil de cours. 1927.

VASCONCELOS, Raphael. **Direito Internacional: entre unidade e fragmentação: MERCOSUL e o Multilateralismo.** Tese. Universidade de São Paulo. 2010.

WILENSKY, A. H.; JANUÁRIO, R. **Direito Internacional Público Contemporâneo: Responsabilidade Internacional do Estado, Terrorismo Internacional, Direito Internacional do Ambiente, Processo de Integração Europeia e os Parlamentos Nacionais.** Lisboa: Áreas Editora, 2003.

JURISPRUDÊNCIA

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Colômbia vs. Peru. 1950. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/7/1848.pdf>> Acesso em: 09 abr. 2017.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. EUA vs. Irã. 1981. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/64/9544.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Grã-Bretanha *et al.* vs. Alemanha. 1923. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_01/03_Wimbledon_Arret_08_1923.pdf> . Acesso em: 17 mar. 2017.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Hungria vs. Eslováquia. 1997. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/en/case/92>> Acesso em: 17 mar. 2017.