

PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHADOR E AS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS

PRETECCIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJADOR Y LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS

Luis Renato Vedovato¹

Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis Pedagoga²

Alexandre Andrade Sampaio³

Sumário: Introdução. 1 Convenções de Direitos Humanos e o Brasil. 2 Tramitação da Convenção. 3 O desafio do migrante – o direito de ingresso. 4 O excluído pela nacionalidade. Conclusão. Referências.

Resumo: A despeito dos esforços da sociedade civil e dos órgãos internacionais, o Brasil não se vinculou à Convenção sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de Sua Família. Entender os motivos que levaram a isso, especialmente em um país que tem como tradição a vinculação a tratados de direitos humanos, passa por compreender o cenário de exclusão enfrentado pelos migrantes no mundo e também no Brasil. Sem o direito de ingresso garantido e à margem do processo político, os migrantes passam a ser entendidos como um grupo que não detém direitos e, por desculpas ligadas à segurança pública, passam a ser excluídos. Neste contexto, o objetivo deste artigo é, a partir da situação atual de tramitação no Congresso Nacional do processo de aprovação interna da Convenção, compreender como o debate se insere na lógica de exclusão do estrangeiro instalada há muito no país, que, ao contrário do que se afirma, não deve ser entendido como um paraíso de acolhimento para os estrangeiros, mas como avanço na proteção de direitos dos migrantes pelo mundo.

Palavras-chave: Trabalhadores migrantes. Migração. Direito de ingresso. Direitos políticos

¹ Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP. Professor Doutor da UNICAMP. Professor do Programa de Mestrado da UNIMEP e da Graduação da PUC de Campinas. Consultor da Organização Internacional para Migrações (OIM).

² Jurista, Mestre e Doutora em Educação. Atualmente é professora da Graduação e da Pós-Graduação da Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas - FE/UNICAMP. Coordenadora Associada do curso de Pedagogia (gestão 2016-2017). Professora Convidada da Unidad de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho da Universidad de Chile. Atua com os temas de educação, políticas públicas, direitos sociais e direitos humanos.

³ Brazilian Lawyer and holds an LL.M (first class honours) in International Human Rights Law from the Irish Centre for Human Rights, National University of Ireland-Galway and an MSc in Human Rights from the London School of Economics (Chevening scholar). He works at the International Accountability Project as Policy and Programs Coordinator. Previously, he contributed to work of the Special Procedures Branch of the United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights and the Center for Justice and International Law. He has also been a Programme Coordinator of Article 19 South America and a human rights attorney at the Interamerican Association for Environmental Defense.

Resumen: A pesar de mucho esfuerzo de la sociedad civil y de los órganos internacionales, Brasil no se vinculó a la Convención sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y Miembros de Su Familia. Entender los motivos que llevaron a eso, especialmente en un país que tiene como tradición la vinculación a tratados de derechos humanos, pasa por comprender el escenario de exclusión enfrentado por los migrantes en el mundo y también en Brasil. Sin el derecho de entrada garantizada y a lo margen del proceso político, los migrantes pasan a ser entendidos como un grupo que no detiene derechos y necesitan ser excluidos. Uno de los caminos para tanto es buscar la vinculación a la citada Convención, con el natural avance en la protección de derechos de los migrantes por el mundo.

Palabras-llave: Trabajadores migrantes. Emigración. Derecho de entrada. Derechos políticos.

Introdução

Ao contrário do que se percebe nas grandes Convenções de Direitos Humanos, o Brasil ainda não se vinculou à Convenção sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de Sua Família, adotada pela Assembleia Geral da ONU, por meio da Resolução 45/158, de 18 de dezembro de 1990. Fato que chama a atenção, pois pode demonstrar que pressões internas contra a ratificação/adesão do país sejam mais fortes do que em qualquer outro campo dos direitos humanos.

Nesse cenário, certamente, o silêncio eloquente indica que a proteção ao trabalhador migrante no Brasil é um desafio bastante sensível, que vai demandar grande esforço dos envolvidos para garantir-lhes mais direitos.

Essa constatação não chega a surpreender, especialmente imaginando a história e a situação atual do país. Historicamente, o Brasil foi o último país a tornar ilegal a escravidão,⁴ que foi construída pela vinda forçada de estrangeiros. Nos dias de hoje, é comum serem encontradas notícias sobre a precariedade de vida enfrentada por migrantes tanto nos centros industrializados quanto no trabalho rural.⁵

Assim, o desafio do presente trabalho, provocado pela situação atual de tramitação no Congresso Nacional do processo de aprovação interna da Convenção, é tentar compreender como esse debate se insere na lógica de exclusão do estrangeiro que se instala há muito no país, que, ao contrário do que se afirma, não deve ser entendido como um paraíso de acolhimento para os estrangeiros. Para tanto,

⁴ Horn, Gerald. *O Sul mais distante*. Trad. Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 75

⁵ Nesse ponto, são comuns as notícias de precarização de direitos dos trabalhadores migrantes, que podem ser vista no setor das confecções (<http://reporterbrasil.org.br/2016/08/a-moda-de-explorar-o-trabalhador/>) ou na atuação no campo em situação análoga à de escravidão, em que se enfrenta inclusive o racismo (<http://opiniaoenoticia.com.br/brasil/brasil-teve-mais-de-mil-trabalhadores-escravizados-em-2015/>) (http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150819_racismo_imigrantes_jp_rm). Notícias acessadas em 03 de outubro de 2016.

será realizada uma análise da vinculação do Brasil aos tratados de direitos humanos (2), com destaque à sua não vinculação à Convenção sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de Sua Família (CMW). Em seguida, o foco passa a ser a tramitação da CMW (3) nos órgãos internos no Brasil. E, por fim, o desafio da circulação de pessoas (4) pelo mundo pela ótica de um possível direito de ingresso.

1 Convenções de Direitos Humanos e o Brasil

Pelo que se verifica da tabela a seguir,⁶ o Brasil já está vinculado a todos os principais tratados de direitos humanos,⁷ com exceção da CMW, conforme pontuado anteriormente.

Ratification Status for Brazil

Treaty	Signature Date	Ratification Date, Accession(a), Succession(d) Date
CAT - Convention against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment	23 Sep 1985	28 Sep 1989
CAT-OP - Optional Protocol of the Convention against Torture	13 Oct 2003	12 Jan 2007
CCPR - International Covenant on Civil and Political Rights		24 Jan 1992 (a)
CCPR-OP2-DP - Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights aiming to the abolition of the death penalty		25 Sep 2009 (a)
CED - Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance	06 Feb 2007	29 Nov 2010
CEDAW - Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women	31 Mar 1981	01 Feb 1984
CERD - International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination	07 Mar 1966	27 Mar 1968
CESCR - International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights		24 Jan 1992 (a)
CMW - International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families		
CRC - Convention on the Rights of the Child	26 Jan 1990	24 Sep 1990
CRC-OP-AC - Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict	06 Sep 2000	27 Jan 2004
CRC-OP-SC - Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children child prostitution and child pornography	06 Sep 2000	27 Jan 2004
CRPD - Convention on the Rights of Persons with Disabilities	30 Mar 2007	01 Aug 2008

Como se pode depreender, a atuação do país, desde finais da década de 60, é no sentido de sempre se vincular aos principais tratados de direitos humanos. Apesar de não se vincular aos vários dispositivos de reclamação individual e procedimentos de investigação previstos nesses tratados,⁷ o que, sem dúvida,

⁶ Fonte: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=24&Lang=en.

⁷ Conf. http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=24&Lang=EN.

prejudica a aplicação interna do tratado. Assim, a ausência de ratificação do diploma de proteção aos migrantes, se destaca.

Sempre presente nas negociações, mesmo em épocas em que enfrentava ditaduras internas, o Brasil tenta se mostrar como quem atua no sentido do apoio às normas de direitos humanos, apesar de se saber que está longe do que se imagina como garantidor do mínimo de proteção aos seus nacionais. Mesmo se sabendo que há determinação nesse sentido trazida pelo art. 4º da Constituição Federal, quando determina como deve ser a condução do país nas relações internacionais, enfatizando a prevalência dos direitos humanos.

Mesmo aqueles diplomas que não são diretamente ligados às grandes convenções onusianas, como é o caso do Estatuto de Roma, que contém possíveis incongruências com o ordenamento brasileiro, e a Convenção Quadro de Controle do Tabaco, da Organização Mundial da Saúde, foram ratificados. Apesar disso, a Convenção de proteção aos trabalhadores migrantes continua não vinculante formalmente para o Brasil. Nesse contexto, resta saber a quantas anda a tramitação desse tratado.

2 Tramitação da Convenção

Em 2010, na tentativa de sanar a falha causada pelo silêncio da não vinculação, o Poder Executivo, por meio da Mensagem Presidencial nº 696, de 2010, encaminhou à apreciação do Congresso Nacional a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias.

Note-se que o texto da Convenção foi adotado em 18 de dezembro de 1990 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, logo depois da redemocratização do país e da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, mas isso não foi suficiente para fazer o país a ela se vincular.

O texto chegou à Câmara dos Deputados no dia 15 de dezembro de 2010, como determinado no inciso I do art. 49 da Constituição. O caminho, no entanto, apesar de ser o mesmo que busca a ratificação, visa levar o país a declarar sua adesão ao tratado, tendo em vista que o Brasil não assinou o texto adotado. De fato, não tendo assinado o tratado, o país não é obrigado a abster-se da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado. No entanto, de acordo com o artigo 18 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT), que versa sobre a obrigação de não frustrar o objeto e finalidade de um tratado antes de sua entrada em vigor, o Estado gera obrigações para ele, antes mesmo da ratificação, se tiver assinado ou trocado instrumentos constitutivos do tratado, sob reserva de ratificação, aceitação ou aprovação, enquanto não tiver manifestado sua intenção de não se tornar parte no tratado.

Optando pela não assinatura do texto, o caminho é o da adesão, que não gera obrigação ao Estado antes da vinculação definitiva ao tratado, como é o caso em tela. Dessa forma, enquanto tramita o tratado internamente, não há que ser exigido comportamento do Estado brasileiro.

Nesse sentido, seguindo o seu curso normal, a mensagem foi, num primeiro momento, distribuída às Comissões de Relações Exteriores e de Defesa Nacional; Trabalho, de Administração e Serviço Público e Constituição e Justiça e de Cidadania (mérito e art. 54 do Regimento Interno), no mesmo dia 15 de dezembro de 2010.

Em seguida, como a matéria foi encaminhada a mais de três comissões de mérito, mostrou-se necessária a criação de uma comissão especial, de acordo com o art. 34, II, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Todavia, somente em 11 de junho de 2015, por Ato da Presidência da Câmara dos Deputados, foi criada a comissão especial, que, até outubro de 2016, não havia definido sua composição.

A perspectiva, portanto, é de demora na apreciação da questão, o que pode ser apenas mais um reflexo dessa demora que até o momento se identifica, com o prazo de quatro anos para se definir a criação de uma comissão especial.

Destaque-se que a Convenção é um dos nove instrumentos de proteção dos Direitos Humanos mais importantes do planeta, segundo a Organização das Nações Unidas⁸. Como a prevalência dos Direitos Humanos, de acordo com o art. 4o da CF/88, é um dos princípios que devem reger o Brasil nas suas relações internacionais, a convenção mereceria um pouco mais de atenção do país. Mesmo assim, a tramitação é lenta, o que provoca reflexão sobre os motivos pelos quais o direito dos estrangeiros é tão negligenciado no Brasil. Ao que parece, o estrangeiro é o que menos direitos consegue garantir, especialmente por não fazer parte do processo eleitoral no país.

3 O desafio do migrante – o direito de ingresso

De início, importante ressaltar como são definidos aqueles determinados como estrangeiros,⁹ visto que essa é, sem dúvida uma das formas de exclusão. Como se percebe pela caminhada histórica, o Estado tem recebido a incumbência de decidir, de forma irrefutável, sobre a entrada de estrangeiros em seu território; no entanto, a evolução da proteção internacional dos direitos humanos trouxe impactos a essa faculdade. Tal possibilidade de limitar quem entra e quem sai de seu território tem servido também para regular o fluxo de mão de obra.

O Estado pode ser mais benevolente quando trabalhadores migrantes são necessários e mais rigoroso naquelas situações em que eles não são mais desejáveis.

⁸ É o que se pode depreender do destaque que esses dispositivos ganham no site do Alto Comissário das Nações Unidas para Direitos Humanos: [http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBody External/Treaty.aspx?CountryID=24&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=24&Lang=en).

⁹ Segundo Carvalho Ramos, a definição de estrangeiro é feita por exclusão, nos seguintes termos: “A princípio, estrangeiro é todo aquele que não possui a nacionalidade do Estado em cujo território se encontra. Por exclusão, então, a doutrina tradicionalmente define o estrangeiro como sendo o não nacional, quer tenha outra nacionalidade, ou seja, apátrida” (CARVALHO RAMOS, A. Direito dos Estrangeiros no Brasil: imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D; PIOVESAN, F. (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*, p. 721.

Nesse contexto, excluir o migrante indesejado, depois que ingressa, é mais fácil nas hipóteses em que ele não se encontra com todos os documentos necessários para permanência.

Não lhe conceder o direito de migrar e de se estabelecer num país como trabalhador é um dos grandes focos de violações ao direito, que poderia ser parcialmente resolvido com a aplicação da convenção, pois ela não garante o direito de ingresso, que merece uma análise mais detida.

Nesse sentido, a teoria de Francisco de Vitória,¹⁰ relativa ao *jus communicationis*, ganha relevância por ter defendido a livre circulação. Além das ideias de Vitória, trazidas à lume pela defesa da total liberdade de circulação, existem manifestações de Cortes Internacionais que abrem espaço para o surgimento de um direito de ingresso, destacando-se, em particular, a Opinião Consultiva nº 18, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 17 de setembro de 2003, que reconhece a necessidade de criarem os Estados políticas migratórias, permitindo que se vislumbre uma limitação aos poderes do Estado de decidir sobre o ingresso de estrangeiros.

Como é possível notar, o fundamento do veto à entrada deve ser explicitado e não pode, segundo a Corte, violar tratados internacionais de direitos humanos. O espaço para sustentação da decisão estatal é estreito e se restringe à argumentação trazida no seu fundamento, vislumbrando-se, dessa maneira, a possibilidade de aplicar-se a lógica das escolhas trágicas, que consiste numa técnica de decisão em situações difíceis, também nesse caso.¹¹

O que interessa aqui é o direito de ingresso; porém, no campo da circulação de pessoas pelo mundo, há que se identificar a existência de regulações diversas para a saída e para o ingresso de pessoas. No que tange à liberdade de sair do território do Estado, há menção já na Carta Magna britânica de 1215.¹² Nela se estabelece que todos têm o direito de deixar o Reino Unido. Depois disso, também no Reino Unido,¹³ a *Common Law* fez nascer um remédio chamado *Ne Exeat Regno*, que permitia ao Rei impedir a saída de determinados indivíduos.

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

¹⁰ VITÓRIA, F. de. *Os índios e o direito da guerra*. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2006. Tradução de: De indis et de jure belli relectiones. (Coleção Clássicos do Direito Internacional.), p. 35

¹¹ CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices*. Nova York: W.W.Norton & Company, 1978.

¹² WEISSBRODT, D. S.; DANIELSON, L. *Immigration Law and Procedure in a Nutshell*. 5. ed. New York: Thomson West, 2005. p. 366.

¹³ *Ibidem*, p. 366.

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

Segundo a Corte Europeia de Direitos Humanos, em 2002, no julgado *Boultif vs. Suíça*, não existe o direito de ingresso, estando os indivíduos à mercê da decisão exclusiva do Estado, sem nenhuma possibilidade de controle externo sobre esse tema. O que não se percebe na decisão citada é o necessário cotejo entre as normas internacionais de direitos humanos e as razões que motivaram o impedimento de ingresso.¹⁴

O grande fluxo de circulação de pessoas pelo mundo, no entanto, não pode ser ignorado; por isso, a Opinião Consultiva nº 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos é de suma importância para se identificar a limitação às decisões dos Estados como consequência lógica dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no tocante à sua relação com estrangeiros.

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

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

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

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

A liberdade total de decisão do Estado, quer por não existirem direitos absolutos, quer pela universalidade dos direitos humanos, pode ser tida como inexistente nos dias de hoje, máxime por conta da construção de normas internacionais que a limitam. Encontrar fundamento jurídico para essa limitação,

¹⁴ Segundo Convey e Kupiszewski, há necessidade de se criar uma política direcionada à migração e ao ingresso de estrangeiros, o que, no mínimo, seria útil para nortear as decisões de migrantes que para aquele país decidissem se dirigir, nos seguintes termos: “There is an inescapable relationship between the existence of migration movements and the resulting policies which are adopted by the authorities of the area concerned towards encouraging these movements, or more commonly towards attempting to control or to reduce them. This in turn means that the migration researcher must not only look at the effects of policy and changes in policy, important though this is, but must also attempt to understand the changing political factors which fuel the formation of policy.” (CONVEY, A.; KUPISZEWSKI, M. Keeping up with Schengen: migration and policy in the European Union. *International Migration Review*, v. 29, n. 4, p. 939-963, 1995. p. 939).

sem que se chegue à utopia da total possibilidade de circulação, é o objetivo proposto por este estudo.

O pano de fundo é a constatação da existência de um mundo com uma crescente interação transnacional, que se aprofunda com o incremento da tecnologia, em particular a relativa às comunicações, cada vez mais velozes e acessíveis.¹⁵ Como produtos da globalização, os reflexos das decisões internas estatais são cada vez mais percebidos além das fronteiras que acolhem as nações.

Tanto em temas que dizem respeito ao comércio internacional e à proteção de mercados internos, que de modo claro sempre trouxeram consequências além dos limites de aplicação do direito interno, como em questões que tradicionalmente eram afetadas tão somente ao direito interno, por exemplo, o direito processual, já se percebe a existência de ligações que podem ser chamadas de transfronteiriças.

Nesse sentido, a cooperação processual internacional e a eleição de foro em contratos internacionais podem ser citadas de modo exemplificativo.¹⁶ A globalização jurídica foi objeto de análise por Matias,¹⁷ na qual o autor explana sobre a interdependência jurídica entre os Estados. Percebe-se que mesmo as mais despretensiosas decisões internas podem trazer sensíveis reflexos internacionais, como foi o caso das regras internas dos Estados Unidos para concessão de empréstimos destinados à compra de casa própria, que estão no nascedouro da crise enfrentada no final de 2008, conhecida como crise do *subprime*.¹⁸

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

Pode-se dizer que a normatização interna reconhecidamente responsável por trazer consequências internacionais é aquela pertinente à identificação dos nacionais do país. Isto é, a legislação interna é que define quem tem o direito à

¹⁵ No tocante à influência da globalização sobre a imigração e a cidadania (RUBENSTEIN, K. Globalisation and citizenship and nationality. *SSRN eLibrary*. 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=530382>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

¹⁶ HUCK, H. M. *Sentença estrangeira e Lex Mercatoria: horizontes e fronteiras do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 38.

¹⁷ MATIAS, E. F. P. *A humanidade e suas fronteiras do estado soberano à sociedade global*. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 203.

¹⁸ A chamada crise dos créditos *subprime* veio à tona em meados de 2008, tendo se alastrado pelo mundo por conta de uma profunda ligação entre os mercados mundiais (KEENAN, P. J. Financial globalization and Human Rights. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 46, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1102788>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

nacionalidade.¹⁹ Essa normatização caracteriza todos aqueles que nela deixam de ser enquadrados como não nacionais.

O direito à nacionalidade faz parte dos direitos humanos, como destacado por Fernández Rozas e Alvarez González,²⁰ por isso, também nesse ponto, o Estado sofreu restrições na sua possibilidade de fixar os parâmetros para definição de seus nacionais; é o que se verifica no caso Nottebohm,²¹ em que Liechtenstein, de acordo com a Corte Internacional de Justiça, não poderia substituir processualmente o Sr. Nottebohm, contra a Guatemala, que expropriou os bens dele por ser nacional da Alemanha, contra quem a Guatemala havia declarado guerra. Em linhas gerais, a Corte entendeu que a concessão de nacionalidade por Liechtenstein a Nottebohm não respeitaria o vínculo genuíno, anulando tal concessão e retirando a legitimidade ativa de Liechtenstein. Se, portanto, no plano interno a nacionalidade confere à pessoa um vínculo jurídico que pode ser tido como base para suas atuações legais e sociais internas, ela também oferece importantes consequências no plano internacional, em particular quando se põe em foco a proteção diplomática.²²

Um indivíduo que diligencia por sua inserção em uma comunidade territorial, como o Estado, deve preencher determinados requisitos legais, tanto para obter proteção externa que impeça violações contra os seus direitos – a chamada proteção diplomática, que exige o vínculo de nacionalidade – quanto para garantir uma participação mais rica nos processos democráticos da comunidade escolhida, o que é permitido, em algumas situações, apenas com o porte de visto de permanência.²³ E isso, de maneira indireta, traria reflexos à comunidade mundial pela maior ou menor circulação global de indivíduos.

A ligação tradicional do indivíduo com os Estados, para fins de proteção, tem sido feita, conforme assinalado, por meio do vínculo de nacionalidade.²⁴ Os indivíduos ganham a condição de nacionais de um Estado quando este reconhece o vínculo por determinação da legislação interna. Com relação a pessoas jurídicas, muito embora seja a nacionalidade atributo exclusivo das pessoas físicas, dá-se algo parecido, com a presença de outro tipo de vínculo entre elas e o Estado,²⁵ a consistir

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

²⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; ALVAREZ GONZÁLEZ, S. *Derecho español de la nacionalidad*. Madrid: Tecnos, 1987. p. 36.

²¹ Confira o caso por completo no site da Corte Internacional de Justiça: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=lg&case=18&k=26&p3=0>

²² *Ibidem*, p. 36.

²³ É o caso dos portugueses com visto permanente no Brasil, que alcançam igualdade de direitos políticos fundada no art. 12, § 1º, da Constituição Federal hodierna.

²⁴ É oportuna a indicação da leitura sobre o tema da necessidade do vínculo de nacionalidade para que se possa conceder a proteção diplomática a um indivíduo de SLOANE, R. D. Breaking the genuine link: the contemporary international legal regulation of nationality. *Harvard International Law Journal*, v. 50, Winter 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1262877>>. Acesso em: 03 abr. 2010.

²⁵ De acordo com Rezek: “Todo o substrato social e histórico do instituto da nacionalidade tende a apontar, de modo inequívoco, apenas o ser humano como seu titular. É por extensão que se usa falar em

essencialmente em uma ligação entre as pessoas jurídicas e o ordenamento jurídico do Estado.

Compreender o conceito de nacionalidade e as normas sobre a sua concessão e perda, além dos dispositivos normativos pertinentes à circulação de não nacionais, conduz à identificação parcial da medida da permeabilidade das fronteiras nacionais de determinado Estado. Como o nacional não pode ser barrado na fronteira, identifica-se, parcialmente, uma restrição de atuação do Estado, que, por sua vez, não pode impedir o ingresso, pois já criou as regras definidoras da nacionalidade.

Também é possível identificar a limitação do direito do Estado em definir as regras sobre a concessão do vínculo a seus nacionais, mudando-se o foco da análise, quando se percebe que ele não pode declarar seus nacionais todos os indivíduos do mundo, consoante explica Santos,²⁶ ao fazer menção ao caso *Buchanan vs. Rucker*, que tramitou perante o Judiciário inglês em 1808, culminando com a declaração expressa que a ilha de Tobago não podia declarar seus nacionais os habitantes do mundo inteiro, por conta da necessidade de efetividade do vínculo.

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

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

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

A esse propósito, faz-se oportuno destacar que é mediante a nacionalidade que o Estado delimita o âmbito de sua competência pessoal sobre uma população de

nacionalidade das pessoas jurídicas, e até mesmo em nacionalidade das coisas. No primeiro caso não há negar valor jurídico ao vínculo, apesar de que fundado quase sempre na mera consideração da sede social ou do lugar de fundação da empresa. No segundo, o uso do termo nacionalidade não excede à metáfora. Assim, a constância com que ouvimos referência a aviões brasileiros ou a sociedades brasileiras de capital aberto não nos deve levar a confundir um vínculo político eminente, dotado de amplo lastro na história das sociedades humanas, com mera sujeição de ordem administrativa, mutável ao sabor da compra e venda". REZEK, J. F. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 180.

²⁶ SANTOS, A. M. dos. *Estudos de direito da nacionalidade*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 281.

indivíduos permanentes e estáveis em seu território e também fora dele, tanto em áreas que façam parte de outro território, na sua competência extraterritorial, quanto em regiões de domínio público internacional, como o alto mar e partes da Antártica.²⁷

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

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

Da mesma forma, em algumas situações, o indivíduo enfrenta obstáculos administrativos e complexidades jurídicas para ter reconhecida sua nacionalidade e, depois disso, para que o Estado que lhe concede venha a protegê-lo no âmbito internacional.

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

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

Os indivíduos que, em contraste com o apátrida, são reivindicados por mais de um Estado, ou seja, que tenham nacionalidade de várias nações, os chamados polipátridas, usufruem das vantagens de maior proteção. Eles também recebem, porém, maior quantidade de responsabilidades, sendo submetidos a cargas maiores de deveres a serem cumpridos, tais como as questões relativas a serviço militar, tributação e sujeição à jurisdição.

Daí que a nacionalidade tenha grande relevância para o Direito Internacional, podendo ser identificada como essencial na relação entre indivíduos e Estados, sendo base, conforme observado, v.g., para a concessão da proteção

²⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; ALVAREZ GONZÁLEZ, S. *Derecho español de la nacionalidad*, p. 39: “[...] el ámbito de su competencia personal sobre una población de individuos permanentes y estables en su territorio e, incluso, fuera de él, tanto en áreas que no formen parte del territorio de otros Estados (alta mar, partes de la Antártida, espacio ultraterrestre, etc.), como en el territorio de otros Estados dentro de la denominada competencia extraterritorial del Estado”.

diplomática. Nas palavras de Rubio Carracedo *et al.*²⁸ em que se defende que a democracia como soberania popular exige a abertura de um espaço de debate público e o exercício da aproximação dos grupos, o que deve ser visto como mais do que a simples tolerância entre eles, porém, faz isso de forma restritiva, tendo em vista que, para o texto, a nacionalidade é a resposta para se determinar quem faz parte desses grupos que merecem ser ouvidos na discussão política. No entanto, o texto perde a oportunidade de dar voz a quem não tem nacionalidade do local em que o debate político se trava.

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

No começo do século XX, segundo Benhabib e Resnik,²⁹ quase 2% da população mundial – 33 milhões do total de 1,7 bilhão de pessoas – vivia na situação de migrantes, enquanto que, no ano 2000, cerca de 175 milhões de pessoas viviam como estrangeiros, de um total de 6 bilhões de pessoas no mundo. Isso eleva o percentual para algo bem próximo dos 3% da população mundial vivendo como migrantes, além do sensível aumento em números absolutos.

Fator que reforça a necessidade de uma discussão como a traçada aqui, pois, nos últimos 30 anos do século XX, cerca de 75 milhões de pessoas saíram dos países em que viviam – como estrangeiros ou como nacionais – e foram viver em outros locais do globo. O migrante, então, é definido como aquele que deixa um Estado para se fixar permanentemente em outro.³⁰

Nesse contexto, avulta o tema da universalidade, como fundamento para o direito de circulação das pessoas pelo mundo. Procura-se, então, entender se a nacionalidade pode ser fundamento para impedimento de ingresso em outro país e em que situações isso pode ocorrer.³¹

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

A entrada de estrangeiros em território deve ser uma decisão do Estado receptor. Afora os casos de proteção de refugiados, cristalizada em tratado

²⁸ RUBIO CARRACEDO, J. ROSALES, J. M.; TOSCANO MÉNDEZ, M. *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos*. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 97. (Colección Estructuras y procesos): “Si pensamos en la democracia como soberanía popular, también parece claro que la apertura de un espacio de debate público y el ejercicio de la acción colectiva ya no permiten el aislamiento de cada grupo en su enclave y exigen algo más que la mera tolerancia entre comunidades; requieren un nuevo sentido de comunidad y solidaridad entre los individuos que componen el cuerpo político. La nueva legitimidad democrática remite a una comunidad de ciudadanos capaces de afirmar ‘We, the people’, por lo que surge necesariamente la cuestión de quiénes constituyen ese ‘nosotros’ y cómo se define esa identidad colectiva. [...] la nacionalidad es la respuesta moderna a esta clase de cuestiones.”

²⁹ BENHABIB, S.; RESNIK, J. *Migrations and mobilities: citizenship, borders, and gender*. New York: NYU Press, 2009. p. 1.

³⁰ GARNER, B. A. *Black's Law Dictionary*. 8th. ed. New York: Thomson West, 2004. p. 69.

³¹ RUBIO CARRACEDO, J. ROSALES, J. M.; TOSCANO MÉNDEZ, M. *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos*, p. 103.

internacional, a permeabilidade das fronteiras nacionais está ligada à possibilidade de efetivação de direitos sociais, o que justifica a necessidade de se reservar ao Estado a decisão relativa à entrada de estrangeiros em seu território, o que, em essência, deve ser entendido como uma decisão que envolve recursos escassos, com profundas conexões com a discussão referente a Direito e Economia (*Law & Economics*), constituindo uma decisão trágica, conforme identificado por Calabresi e Bobbitt³² e por Elster.³³

Essa decisão, porém, necessita revestir-se de racionalidade, pois, caso isso não ocorra, os estrangeiros podem ser escolhidos aleatoriamente, em procedimento que deve ser rechaçado pelo Direito. Entender a relação entre universalidade e imigração, à luz da necessária logicidade, e contribuir com uma forma de controle das decisões estatais de ingresso ou não de estrangeiros deve nortear a evolução da discussão. A relação entre migração, cidadania e direito de ter direitos merece ser discutida à luz do Direito Internacional, a fim de que sejam enfrentadas as questões vislumbradas e apontadas há pouco.

O direito internacional, em parte por essa razão,³⁴ oferece ampla margem aos Estados para conferir a nacionalidade. A Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), por seu turno, declarou, no Caso dos Decretos de Nacionalidade da Tunísia e Marrocos, que a nacionalidade pertence a um domínio de competência legal reservada à lei interna, embora possa ser limitada por obrigações decorrentes do direito internacional.³⁵

Para além dos limites do tratado bilateral, no entanto, os esforços destinados a codificar no âmbito internacional a nacionalidade em rigor incluem não mais que afirmações vagas como, v.g., a de que “o poder de um estado para conferir a sua nacionalidade não é ilimitado”,³⁶ como aconteceu em tentativa de codificação do direito da nacionalidade no âmbito internacional, cujo projeto foi publicado no *American Journal of International Law*, em 1929. A Convenção de Haia de 1930, pontualmente, estipulava que cabia “a cada Estado determinar, sob sua própria legislação, quem são os seus cidadãos”, mas que as normas internas do Estado sobre nacionalidade devem estar de acordo com as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios³⁷ de direito em geral reconhecidos em matéria de nacionalidade, conforme será exposto adiante.

É o que determina o art. 3º, nº 2, da Convenção Europeia sobre Nacionalidade.³⁸ Como se percebe, a nacionalidade não possui uma clara regulação

³² CALABRESI, G.; BOBBITT, P. *Tragic choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

³³ ELSTER, J. *Local Justice: how institutions allocate scarce goods and necessary burdens*. New York: Russell Sage Foundation Publications, 1993.

³⁴ A Corte Internacional de Justiça declarou, no caso Nottebohm, que a diversidade de condições demográficas torna impossível uma regulação única para a nacionalidade (Caso Nottebohm, 1955, p. 23).

³⁵ Decretos de Nacionalidade da Tunísia e Marrocos, Opinião Consultiva, 1923, CPJI, n. 4; ver também opinião consultiva da CPJI, n. 7, 1923.

³⁶ The Law of Nationality, art. 2, 23 AM. J. INT'L L. SPEC. SUPP. 11, 13 (1929).

³⁷ Cf. MENEZES, Wagner. Os Princípios do Direito Internacional. In: Paulo Borba Casella; André de Carvalho Ramos. (Org.). *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009

³⁸ Art. 3º, nº 2, da Convenção Europeia sobre Nacionalidade, de 1997, que entrou em vigor em março de 2000.

pelo direito internacional: ela permeia o sistema jurídico internacional, porém, esse relega o seu sistema de definição e regulação, com raras exceções, de forma quase invariável, aos diversos ordenamentos jurídicos internos. Ela, no entanto, não dialoga com a participação política de todos e pode ser um obstáculo para a proteção dos não nacionais. Assim, a sugestão é superar o vínculo de nacionalidade para se permitir uma ampliação da igualdade entre os indivíduos, nacionais ou não.

Com a construção do direito internacional dos direitos humanos, é possível identificar a criação de obrigações para os Estados em relação todos os indivíduos, não apenas seus nacionais. Também é possível verificar a importância da nacionalidade no regime internacional contemporâneo para a proteção dos refugiados.

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

Em 1923, a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) determinou que “em princípio” a nacionalidade deveria permanecer no “domínio reservado” da competência jurídica nacional, embora os Estados pudessem voluntariamente aceitar as limitações impostas pelo tratado.³⁹

A mesma Corte, em parecer sobre nacionalidade polaca, confirmou em 1923 que, “em geral, é verdade que um Estado soberano tem o direito de decidir quais as pessoas que devem ser consideradas como seus nacionais”; porém, não é menos verdade que esse princípio é aplicável apenas àqueles vinculados às normas convencionais a esse respeito.⁴⁰

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

Dessa maneira, o costume e os princípios gerais, e não apenas obrigações decorrentes do Tratado, construiriam o limite de domínio reservado à competência dos Estados para conferir nacionalidade.⁴¹ Mas o argumento não especificou a natureza ou o conteúdo desses limites.

Em 1929, consoante explanado em ponto específico deste estudo, pesquisas na Faculdade de Direito de Harvard culminaram com um projeto de convenção e comentários sobre a regulamentação internacional da nacionalidade.⁴²

³⁹ Decretos de Nacionalidade da Tunísia e Marrocos, Opinião Consultiva da CPJI, 1923 (ser. B) n. 4.

⁴⁰ *Nacionalidade Polaca*, Opinião Consultiva da CPJI, 1923 (ser. B) n. 07.

⁴¹ V.g., o já citado caso dos Decretos de Nacionalidade da Tunísia e Marrocos.

⁴² *The Law of Nationality* art. 2, 23 AM. J. INT'L L. SPEC. SUPP. 11, 13 (1929).

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

Percebe-se, com isso, que a interferência do direito internacional na regulação interna da nacionalidade é bastante modesta. Faz-se oportuno trazer a lume exemplo citado por Sloane,⁴³ sobre a liberdade que os Estados possuem no tocante à concessão da nacionalidade, no qual, ao término da Revolução Bolchevique, a Rússia se propôs a conceder a nacionalidade russa a todos os trabalhadores do mundo.

4 O excluído pela nacionalidade

A crise dos migrantes de 2015 na Europa, em decorrência da Guerra na Síria, já havia dado sinais quando da guerra da Líbia e dos movimentos da chamada *primavera árabe*, que levaram a realidade bastante semelhante, especialmente a partir dos desentendimentos entre França e Itália, no episódio dos tunisianos em Ventimiglia, cidade italiana. Ocorreu que em abril de 2011, o governo francês decidiu impedir o ingresso, em seu território, de tunisianos, com autorização de entrada dada pela Itália. O fato foi entendido como violação ao acordo de Schengen,⁴⁴ pelo qual se permite a livre circulação de pessoas pelo bloco, desde que tenham, no caso de estrangeiros, passado pelo controle migratório de um dos países da Comunidade Europeia.⁴⁵

Esses casos, apesar de representarem um microcosmo, mostram que a exclusão não atinge apenas os estrangeiros. A exclusão ataca aqueles que são identificados como “outros”,⁴⁶ que, para a efetivação de direitos sociais, são aqueles que não podem contribuir para ampliar a gama de recursos visando a satisfação desses direitos. Os índios americanos, por exemplo, alcançaram o direito pleno à nacionalidade estadunidense apenas em 1924.⁴⁷

⁴³ SLOANE, R. D. Breaking the genuine link: the contemporary international legal regulation of nationality. *Harvard International Law Journal*, v. 50, Winter 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1262877>>. Acesso em: 03 abr. 2010.

⁴⁴ CONVEY, A.; KUPISZEWSKI, M. Keeping up with Schengen: migration and policy in the European Union. *International Migration Review*, v. 29, n. 4.

⁴⁵ TRAUNER, F.; KRUSE, I. EC Visa facilitation and readmission agreements: a new standard EU Foreign Policy Tool? *European Journal of Migration & Law*, v. 10, n. 4, p. 411-438. DOI: Article, 2008.

⁴⁶ BENHABIB, S. *The Rights of others: aliens, residents, and citizens*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 37.

⁴⁷ Para uma análise interessante do tema, conferir Spiro, ao expor a preocupação sobre a nacionalidade do indígena norte-americano, nos seguintes termos: “[...] was the question how the Citizenship Clause applied to Native Americans. In this context the qualifying phrase ‘subject to the jurisdiction thereof’ created the ambiguity. In *Elk v. Wilkins*, the Court found Indians not constitutionally entitled to birth citizenship. The Court characterized Indians as owing ‘immediate allegiance to their several tribes,’ and thus they ‘were not part of the people of the United States.’ Congress, however, subsequently extended

Com o mesmo fundamento, ou seja, o de ser entendido como parte de um grupo diferente daquele de quem decide (ou seja, parte daqueles chamados de “outros”), o estrangeiro é visto como aquele que não vai contribuir. Porém, vai usufruir dos direitos sociais ou das oportunidades reservadas antes apenas aos nacionais, consistindo nisso os seus objetivos principais para a busca da entrada em território estrangeiro. Conforme Honig,⁴⁸ que expressa sua preocupação quanto à solução do problema da condição de ser estrangeiro, o que envolveria democracia e cidadania, há várias soluções propostas, porém, em todos os casos, a questão é tratada como “problema”. Em outras palavras, não se vê o migrante como parte de uma solução conjunta, mas um problema a ser trabalhado.

Segundo os dados estatísticos disponíveis, tanto de forma absoluta quanto relativa, nunca houve uma quantidade tão grande de migrantes internacionais como a que existe hoje e o número deles decerto está num crescente.⁴⁹ Quase todos os países do mundo são e continuarão sendo afetados pelo aumento da circulação de pessoas pelo globo.

Uma das formas em que um Estado se posiciona no cenário internacional é pela exposição de sua política de migração,⁵⁰ pois, não apenas demonstra a visão que o Estado tem de si mesmo, mas apresenta sinais da sua posição no mundo e seu relacionamento com outros Estados, o que leva a crer que a política externa tem clara vinculação com a política de imigração.

É crucial entender, no entanto, que a migração está ligada umbilicalmente a outras importantes questões globais, como pobreza, desenvolvimento e direitos humanos. Apesar da visão negativa que despertam nos nacionais, os migrantes, segundo Koser,⁵¹ são os membros mais empreendedores e dinâmicos da sociedade em que vivem. O autor aduz também que, historicamente, a migração sustentou o crescimento econômico e a construção das nações, além de ser responsável pelo enriquecimento de várias culturas, v.g., como aconteceu com o Brasil e com os Estados Unidos.

birth citizenship to Native Americans by statute in 1887 to those not living on tribal lands and in 1924 to all Native Americans.” (SPIRO, P. J. *Beyond citizenship: American identity after globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 13).

⁴⁸ HONIG, B. *Democracy and the foreigner*. New Jersey: Princeton University Press, 2003. p. 1: “How should we solve the problem of foreignness?” The question underlies contemporary discussions of democracy and citizenship. Proposed solutions vary. Political theorists deliberate about whether or to what extend social unity is necessary to sustain social democracy. Courts rule on the extent of government’s obligations to its noncitizen residents. Economists debate the costs and benefits of immigration. Sociologists argue about the (in)effectiveness of multilingual education. But, notwithstanding their differences, participants in contemporary debates about foreignness all reinscribe foreignness as a ‘problem’ that needs to be solved by way of new knowledge, facts, or politics. In so doing, they reiterate the question that has dominated political theory for centuries.”

⁴⁹ MEYER, M. *The year that changed the world: the untold story behind the fall of the Berlin Wall*. New York: Scribner, 2009. p. 7.

⁵⁰ NGAI, M. M. *Impossible subjects: illegal aliens and the making of modern America*, p. 9: “Immigration policy not only speaks to the nation’s vision of itself, it also signals its position in the world and its relationships with other nation-states. At one level this means that foreign policy invariably becomes implicated in the formulation of immigration policy.”

⁵¹ KOSER, K. *International Migration: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 24.

A migração também traz consigo questões desafiadoras, pois há várias formas de exploração abusiva dos indivíduos, que, por experimentarem grande dificuldade de inserção social no seu destino, acabam tendo violados os seus direitos humanos, trabalhando ou vivendo em ambientes degradantes, como pode ser empiricamente constatado em exemplos da indústria têxtil.⁵² O outro lado da moeda é o fato de que a migração traz privações aos países de origem dessas pessoas, que deixam de contar com seus conhecimentos, sejam eles técnicos ou teóricos, podendo, dessa maneira, gerar lacunas nos países de onde elas saíram.

A condição de migrante é determinada, conforme mencionado, por a pessoa se encontrar – ou tentar ingressar – em Estado com o qual não possui o vínculo de nacionalidade,⁵³ definido, como se sabe, pelo Estado soberano, o qual, de fato, tem a possibilidade de regular o trânsito de estrangeiros por suas fronteiras. Esse Estado alcança, para tanto, amparo no Direito Internacional que reconhece aos Estados soberanos o direito de regular ou proibir a entrada de estrangeiros em seu território.⁵⁴ Segundo Castles e Miller,⁵⁵ a migração é um processo que afeta toda dimensão social existente e que se desenvolve na sua própria dinâmica complexa.

Na esteira de Castles e Miller,⁵⁶ é interessante notar que 97% da população mundial não é migrante, porém, sofre os reflexos da migração, pois suas comunidades são alteradas por esse processo.

A construção do direito de nacionalidade pode servir para se entenderem os motivos pelos quais, em algumas situações, a regulação trazida pelo Estado soberano pode se alterar por acordos entre Estados, que visam aumentar a proteção a seus nacionais em outros territórios.⁵⁷

Com base nesses acordos, muitas vezes bilaterais, cada Estado partícipe terá, no território alheio, embaixadores e funcionários consulares em quem os seus cidadãos podem procurar apoio, caso enfrentem problemas jurídicos no país acreditado. Esses agentes têm, então, como proteger seus compatriotas contra perseguição ou eventual tratamento injusto.⁵⁸

Para bem entender o surgimento do elo de nacionalidade, é salutar compreender um período importante da história ocidental. Os sessenta anos que

⁵² Conf. http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/05/130508_trabescravo_estrangeiros_fl.

⁵³ Sobre o processo migratório, “the concept of the migratory process sums up the complex sets of factors and interactions which lead to international migration and influence its course” (CASTLES, S.; MILLER, M. J. *The age of migration*. International Population Movements in the Modern World. 4th ed. New York: The Guilford Press, 2009. p. 21).

⁵⁴ VALS, P. La nacionalidad. *Revista de Derecho Puertorriqueño*, Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico, v. 19, p. 135-240. 1981. p. 189.

⁵⁵ CASTLES, S.; MILLER, M. J., op. cit., p. 21, conforme texto original do autor: “Migration is a process which affects every dimension of social existence, and which develops its own complex dynamics.”.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 21.

⁵⁷ Imperioso, neste ponto, destacar que a pesquisa em migração é necessariamente interdisciplinar, p. 21): “Research on migration is therefore intrinsically interdisciplinary: sociology, political science, history, economics, geography, demography, psychology, cultural studies and law are all relevant.”

⁵⁸ DE CUÉLLAR, J. P. *Manual de derecho diplomático*. México: Fondo de Cultura Económica 1997. p. 32.

antecederam a Primeira Guerra Mundial testemunharam um momento decisivo de transformação do Estado.

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

Com o fim da Primeira Guerra Mundial, para os europeus, a reconstrução do continente com base no surgimento dos Estados-nação era perfeitamente compreensível. Estabelecer os princípios da autodeterminação e da democracia seria contribuir para a paz e para a prosperidade, em especial, resolvendo o problema das nacionalidades que haviam causado sérios desafios e confusões no passado.⁵⁹

Em 22 de setembro de 1924, a Quinta Assembleia da Liga das Nações editou uma Resolução que abriu espaço para criação, por seu Conselho, do Comitê Especialistas para a Progressiva Codificação do Direito Internacional. O Conselho criou o referido Comitê em 11 de dezembro de 1924, conforme publicação de fevereiro de 1925.⁶⁰

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

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

Como se pode perceber, a nacionalidade é uma forma clara de exclusão de direitos. Não necessariamente trazendo condições melhores para os indivíduos, servindo, no mais das vezes para incremento de dados na elaboração orçamentária, sem relação direta com a proteção de direitos humanos. Para os trabalhadores, saída mais efetiva seria a busca da livre circulação de pessoas pelo mundo. Garantir a circulação e a participação política significa construir um caminho de igualdade entre nacionais e estrangeiros.

Conclusão

No presente trabalho, buscou-se demonstrar que o Brasil, ao não se vincular à Convenção sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de Sua Família, indica sua pouca preocupação com o migrante, pois participa das

⁵⁹ VALS, P. La nacionalidad. *Revista de Derecho Puertorriqueño*, Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico, v. 19, p. 135-240. 1981. p. 190.

⁶⁰ *League of Nations Official Journal*.

demais grandes convenções da ONU. Esse contexto pode estar relacionado ao fato de que a nacionalidade é um grande obstáculo para efetivação de direitos humanos. Na verdade, ela é um grande obstáculo para a efetivação de direitos, em especial, direitos políticos.

Para demonstrar tal afirmação, o trabalho buscou expor a tramitação da Convenção, indicando o longo período gasto para pequenos avanços. Depois disso, o texto passa a analisar o desafio do migrante que o de ingresso num país estrangeiro, com a dificuldade de se reconhecer o direito de ingresso, culminando com a identificação da nacionalidade como um obstáculo à efetivação de direitos. Nesse sentido, buscou-se verificar como construir o direito dos trabalhadores migrantes no Brasil, com a vinculação à Convenção sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de Sua Família é essencial, porém, não será suficiente sozinha para garantir a efetivação de tais direitos, posto não garantir o direito de ingresso, fundamental para o reconhecimento do indivíduo como passível de exercer direitos.

Assim, a igualdade deve ser debatida e levada em consideração. Além disso, a participação política deve ser a ampliada ao estrangeiro, para que a igualdade possa ser consubstanciada. Assim, o estrangeiro não pode ser tratado como um problema de segurança nacional, como era no surgimento da vetusta lei conhecida como Estatuto do Estrangeiro. Somente assim, as normas de proteção do estrangeiro poderão ter tramitação mais célere no congresso.

Dessa forma, entende-se que não há mais sustentáculos jurídicos que autorizem a construção de figurinos jurídicos diferenciados entre estrangeiros e nacionais, no tocante à cidadania. Assim, o combate a situações de trabalho escravo passa pela garantia de que os indivíduos serão protegidos igualmente, sejam trabalhadores nacionais ou estrangeiros. Esse, como se demonstra até aqui, é o caminho para ampliar direitos aos migrantes, levando à proteção do trabalho migrante pelo mundo.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. *Manual de Direito Internacional Público*. 19. ed. CASELLA, Paulo Borba, atualizador. São Paulo: Saraiva, 2011.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BOSNIAK, L. Persons and citizens in constitutional thought. *Int. J. Constitutional Law*, v. 8, n. 1, p. 9-29, 2010.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4th. ed. Oxford: Clarendon Press; 1990.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices*. New York: W.W.Norton

& Compay, 1978.

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

CARVALHO RAMOS, A. Direito dos Estrangeiros no Brasil: imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D; PIOVESAN, F. (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. p. 721-746.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DELLAGNEZZE, René. *Soberania – O quarto poder do Estado*. Taubaté (SP): Cabral Editora e Livraria Universitária, 2011.

HONIG, B. *Democracy and the foreigner*. New Jersey: Princeton University Press, 2003.

HORN, Gerald. *O Sul mais distante*. Trad. Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

MALANCZUK, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. 7th. ed. London: Routledge, 1998.

MATIAS, Eduardo Felipe P. *A Humanidade e suas fronteiras – do Estado soberano à sociedade global*. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

MENÉNDEZ, Fernando M. Mariño. *Derecho Internacional Público – Parte General*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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

OCAMPO, Raúl Granillo. *Direito Internacional Público da Integração*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

REZEK, J. F. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RUBENSTEIN, K. Globalisation and citizenship and nationality. *SSRN eLibrary*. 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=530382>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

RUBENSTEIN, K.; ADLER, D. International Citizenship: the future of nationality in a globalised world. *SSRN eLibrary*. 2000, p. 17. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=231675>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

SLOANE, R. D. Breaking the genuine link: the contemporary international legal regulation of nationality. *Harvard International Law Journal*, v. 50, Winter 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1262877>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

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

THIEL, Servaas Van. *Free Movement of Persons and Income Tax Law: The European Court in Search of Principles*. Doctoral Series. Vol. 3. Rotterdam: International Bureau of Fiscal Documentation, 2002.

VEDOVATO, Luís Renato . *O Direito de Ingresso do Estrangeiro*. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

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

Recebido em 14/11/2016

Aceito em 13/12/2016

