

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA
FILHO”**

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS

A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO BRASILEIRA E O COSMOPOLITISMO

JURÍDICO: desafios para a sua efetivação no direito brasileiro

FRANCA

2022

LEONARDO BORTOLOZZO ROSSI

**A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO BRASILEIRA E O COSMOPOLITISMO
JURÍDICO: desafios para a sua efetivação no direito brasileiro**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Tutela e Efetividade dos Direitos da Cidadania

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault

FRANCA

2022

R832n Rossi, Leonardo Bortolozzo
A nova lei de migração brasileira e o cosmopolitismo
jurídico : desafios para a sua efetivação no direito brasileiro /
Leonardo Bortolozzo Rossi. -- Franca, 2022
124 f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista
(Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca
Orientador: Carlos Eduardo de Abreu Boucault

1. Direitos Humanos. 2. Migração internacional. 3. Filosofia
do Direito. 4. Direito Internacional Privado. I. Título.

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Biblioteca da
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. Dados fornecidos pelo autor(a).

Essa ficha não pode ser modificada.

LEONARDO BORTOLOZZO ROSSI

**A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO BRASILEIRA E O COSMOPOLITISMO
JURÍDICO: desafios para a sua efetivação no direito brasileiro**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” como parte das exigências para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault

1º Examinador: _____

Prof. Dr. Daniel Damásio Borges

2º Examinador: _____

Prof. Dr. Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa

Franca, 27 de setembro de 2022

RESUMO

ROSSI, Leonardo Bortolozzo. **A nova lei de migração brasileira e o cosmopolitismo jurídico**: desafios para a sua efetivação no direito brasileiro. Orientador: Carlos Eduardo de Abreu Boucault. 2022. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista —Júlio de Mesquita Filho, Franca, 2022.

Um dos efeitos hegemônicos gerado pela globalização, iniciada na década de 1990, é a crescente porosidade das fronteiras territoriais. O tradicional modelo do Estado-nação, vinculado à soberania territorial, mostra anacronismos no tratamento das pessoas deslocadas internacionais. Há um movimento duplo simultâneo: de um lado, a restrição do cruzamento de fronteiras dos “indesejáveis”; por outro, o fluxo com mínima restrição de capitais, bens, e pessoas provenientes dos países mais desenvolvidos. Nesse cenário global, promulgou-se no Brasil a nova Lei de Migração (Lei 13.445/17) que possui como uma de suas finalidades a alteração do paradigma normativo do Estatuto do Estrangeiro, editado nos anos finais da ditadura militar brasileira (1980). Essa legislação possuía como fundamento a ideologia da segurança nacional e a defesa do trabalhador brasileiro, com normas de alto teor discriminatório. Entretanto, a nova legislação encontra desafios práticos para a sua implementação, em que se destacam dois: a) a permanência do aparato burocrático estatal de gerenciamento das políticas migratórias, como a Polícia Federal, e, b) dúvidas acerca da sua aplicação pelos tribunais. Assim, o presente projeto possui como escopo dissertar a respeito da possibilidade de instauração de um modelo de cidadania cosmopolita digno à pessoa humana como forma de minimizar, ou mitigar a violação sistemática dos direitos humanos dos migrantes, tendo como norte a análise da atual governança administrativa migratória nacional. Os referências teóricas do cosmopolitismo jurídico apresentados são o pensamento de Immanuel Kant, Hannah Arendt e Seyla Benhabib. Portanto, a pergunta que será apresentada ao decorrer da pesquisa será se a Lei de Migração brasileira, insculpida nos direitos humanos, rumo para o desenvolvimento de normas cada vez mais cosmopolitas e em concordância com o sistema internacional dos direitos humanos. A metodologia utilizada é a hipotético-dedutiva, pois parte do procedimento racional do geral para o particular para vislumbrar as características que o objeto apresentará. A pesquisa tem como categoria fundante a experimentação, além de apresentar caráter qualificativo e exploratório, porque busca apresentar maior conhecimento acerca da temática. O trabalho, por fim, foge do denominado nacionalismo metodológico, que consiste no entendimento de ser a tríade nação/sociedade/Estado o único local de produção normativa. Os materiais utilizados foram fontes convencionais consistentes na pesquisa bibliográfica e documental, com a consulta de livros, artigos científicos, teses e dissertações, legislações e jurisprudências, todos de procedência nacional e internacional, escritos prioritariamente no idioma português e inglês. Os resultados mais relevantes foram: a necessidade de desenvolvimento do Direito Internacional Privado como disciplina mais hábil para a formulação de uma nova ética migratória e o lado privado da cidadania; e, o potencial cosmopolita

do processo legislativo da nova Lei brasileira demonstrado, também, em algumas normas propriamente ditas.

Palavras-chave: cosmopolitismo jurídico; ética da migração; lei de migração; sistema internacional dos direitos humanos; direito internacional privado

ABSTRACT

ROSSI, Leonardo Bortolozzo. **The new Brazilian immigration law and legal cosmopolitanism: challenges for its effectiveness in Brazilian law.** Supervisor: Carlos Eduardo de Abreu Boucault. 2022. 124p. Dissertation (Master of Law) – Faculty of Humanities and Social Science, Sao Paulo State University (UNESP-FCHS), Franca, 2022

One of the hegemonic effects generated by globalization, which began in the 1990s, is the increasing porosity of territorial borders. The traditional model of the nation-state, linked to territorial sovereignty, shows anachronisms in the treatment of international displaced persons. There is a double simultaneous movement: on the one hand, the restriction of the crossing of borders from the “undesirables;” on the other hand, the flow with minimal restrictions of capital, goods, and people from more developed countries. In this global scenario, the new Brazilian Migration Law (Law 13.445/17) was enacted in Brazil, which has as one of its purposes the change of the normative paradigm of the Foreigner Statute, edited in the final years of the Brazilian military dictatorship (1980). This legislation was based on the ideology of national security and the defense of Brazilian workers, with highly discriminatory norms. However, the new legislation faces practical challenges for its implementation, in which two stand out: a) the permanence of the state bureaucratic apparatus for managing migration policies, such as the Federal Police, and b) doubts about its application by the courts. Thus, the present project aims to discuss the possibility of establishing a model of cosmopolitan citizenship worthy of the human person as a way of minimizing or mitigating the systematic violation of the human rights of migrants, based on the analysis of the current national administrative migration governance. The theoretical references of legal cosmopolitanism presented are from the thoughts of Immanuel Kant, Hannah Arendt, and Seyla Benhabib. Therefore, the question that will be presented during this research will be whether the Brazilian Migration Law, inscribed in human rights, leads to the development of increasingly cosmopolitan norms and in accordance with the international system of human rights. The methodology used is hypothetical-deductive, as it starts from the rational procedure from the general to the particular to glimpse the characteristics that the object will present. The research has as its founding category the experimentation, in addition to presenting a qualifying and exploratory character, because it seeks to present greater knowledge about the theme. Finally, the work escapes from the so-called methodological nationalism, which consists of the understanding that the nation/society/State triad is the only place of normative production. The materials used were conventional sources consistent with bibliographic and documentary research, with consultation of books, scientific articles, theses and dissertations, legislation and jurisprudence, all national and international origin, written primarily in Portuguese and English. The most relevant results were the need to develop Private International Law as a more skillful discipline for the formulation of a new migration ethics and the private side of citizenship; and the cosmopolitan

potential of the legislative process of the new Brazilian Law demonstrated, also, in some norms themselves.

Keywords: cosmopolitanism; international human rights system; immigration law; migration ethics; private international law

AGRADECIMENTOS

Um trabalho de quase três anos de duração tem as mãos de muitas pessoas, mesmo que seja apenas uma o seu escritor. Então, esse breve agradecimento, com absoluta certeza, deixará de fora pessoas que foram importantes nesta trajetória, mas que espero se sintam contempladas nas sinceras palavras escritas.

Em um nível pessoal, agradeço aos meus pais, Marcelo e Fernanda, por todo o carinho ao decorrer dos anos e a possibilidade de cursar o Mestrado durante anos tão difíceis. Desde a minha graduação demonstraram grande ternura em relação aos meus estudos, e, por isso, sou extremamente grato. Uma menção mais que especial há de ser feita ao meu avô, Zair, o qual nos deixou no final de 2021, cuja generosidade foi essencial na minha vida, além dos anos de convivência e amizade.

Gosto de pensar da Academia como um local de construção de laços afetivos e, assim, não poderia esquecer da importância dos professores Eduardo Saad Diniz e Claudio do Prado Amaral, da USP de Ribeirão Preto, pela qual concluí a minha especialização em Ciências Criminais no ano de 2020. Sem as aulas semanais aos sábados não teria me apaixonado pela pesquisa e a decisão de prestar o processo seletivo anos atrás não teria sido feita.

O que nos leva a um agradecimento ao meu querido orientador, Prof. Carlos Eduardo de Abreu Boucault, pela oportunidade em ter aceitado me orientar. Foram anos de extremo aprendizado e crescimento como ser humano. Sempre disponível e disposto a prestar a melhor orientação possível. Agradeço imensamente ao senhor.

Agradeço a todos os professores da UNESP que passaram pela minha formação, em especial o Prof. Daniel Damásio Borges, cujos conselhos foram valiosos na minha primeira chance na docência no primeiro semestre de 2022, no curso de Relações Internacionais.

Por fim, a todos os meus amigos e colegas que torceram por mim e me ajudaram nesta caminhada, faço o agradecimento ao Fernando Alves Montanari, colega de orientação que se tornou um grande amigo e colaborador.

São José do Rio Pardo/SP, agosto de 2022.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. A CIDADANIA COSMOPOLITA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: aportes do cosmopolitismo jurídico	18
1.1 Conceito(s), elementos e origem do cosmopolitismo jurídico	18
1.2 A vertente clássica: Immanuel Kant.....	22
1.3 A vertente moderna: Hannah Arendt e o “direito a ter direitos”	31
1.3.1 O evento da natalidade	38
1.4 A vertente contemporânea: Seyla Benhabib e as iterações democráticas ...	41
1.4.1 A ética do discurso em Jürgen Habermas	41
1.4.2 As correntes críticas ao cosmopolitismo	44
1.4.2.1 O comunitarismo	44
1.4.2.2 O Direito dos Povos, de John Rawls.....	47
1.5 As iterações democráticas	48
2. O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NA CONTEMPORANEIDADE: tensões entre soberania e direitos humanos.....	54
2.1 O gerenciamento das migrações transnacionais: tensões entre soberania e direitos humanos.....	54
2.2 O Direito Internacional Privado e a ética da migração: o acolhimento ao Outro	65
2.2.1 O Direito da Tolerância.....	65
2.2.2 A condição jurídica do estrangeiro e os direitos humanos.....	67
2.2.3 Cooperação jurídica internacional.....	71
2.2.4 O conflito de leis.....	73
2.2.5 A ordem pública (internacional)	77
3. O ESTATUTO DO ESTRANGEIRO E A PERMANENTE ZONA DE EXCEÇÃO	79
3.1 Os primórdios da doutrina de segurança nacional (1964-1979)	79
3.2 O Estatuto do Estrangeiro e a inscrição da vida nua	83
3.3 Justiça de transição no campo das migrações	90

4. A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO BRASILEIRA: RUMO AO COSMOPOLITISMO JURÍDICO?	95
4.1 O processo legislativo	95
4.2 A lei de migração: vetos, a Lei e o decreto regulamentador	99
CONCLUSÃO.....	107
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	110

INTRODUÇÃO

Na segunda metade do século XX, após o final da Segunda Guerra Mundial e a gradual descoberta dos horrores causados pelo Holocausto, a ordem internacional decidiu-se pela necessidade da construção de um arcabouço normativo capaz de fornecer o *enforcement* adequado aos direitos humanos, em especial, de populações em estado de vulnerabilidade.

Com isso, concebeu-se à formalização de uma multiplicação de tratados, acordos e declarações bilaterais e multilaterais, como, a título de exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção sobre o estatuto dos refugiados (1951), e a Declaração de Cartagena (1984). Além disso, a Organização das Nações Unidas (ONU) ocupa, desde então, posição de destaque na nova paisagem internacional, com a proliferação de agentes não-estatais, que atuam em diversos campos do Direito Internacional, tais como, as organizações não-governamentais (ONGs).

Na década de 1990, com o sucesso econômico da União Europeia atrelado à criação da zona do euro e os tratados visando a livre circulação de pessoas, visualizou-se um ideal da possibilidade do exercício da cidadania transnacional, isto é, para além do Estado-nação, que é o paradigma da modernidade. Conjuntamente, os efeitos sentidos pela globalização econômica, social e política deram um novo impulso às migrações transnacionais, predicadas pela busca de melhores oportunidades de vida, fuga de governos autoritários, zonas de guerras civis etc.

Os próprios documentos internacionais asseguram o direito internacional à mobilidade humana. Exemplificada, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estatui, em seu artigo 12, o direito à livre circulação e à residência daquele que se encontre legalmente dentro de um país, e, também, a possibilidade da emigração¹. Em um nível regional, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos consagra o direito à migração e emigração, em seu artigo 22.²

Não obstante, o próprio desenvolvimento do sistema internacional dos direitos humanos confere aos países o exclusivo exercício da soberania estatal, pela qual, exercem o controle de admissão, retirada compulsória e exclusão dos migrantes, pautado pelo princípio da

¹ BRASIL. Decreto 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. **Diário Oficial da União**. Acesso em: 10 mai. 2021.

² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

discricionariedade administrativa, de difícil controle de legalidade pelos órgãos do Poder Judiciário. Em muitos dos casos, a revisão gera a deferência à escolha administrativa. A cidadania restringe-se ao pertencimento à determinada comunidade política. Desta feita, a migração é um dos únicos temas de alcance global que restam a ser tratados quase exclusivamente em nível nacional.

Exemplo mais recente dessa prerrogativa estatal refere-se ao Pacto global para a migração segura, ordenada e regular, do final de 2018, pelo qual a soberania estatal constitui um dos seus princípios dirigentes, com a possibilidade de estabelecimento das políticas migratórias legislativas e administrativas de maneira discricionárias³.

Os países desenvolvidos, localizados no norte global, editam, cada vez mais e de forma padronizada, normas de caráter discriminatório e de exclusão da possibilidade do exercício da cidadania pelos migrantes, principalmente, àqueles que se encontram em situação de irregularidade administrativa, o que aumenta a condição de vulnerabilidade e a precariedade.

Estima-se que o número de migrantes mundialmente seja de 272 milhões, com aproximadamente de dois terços de trabalhadores.⁴ Dados da ONU⁵ nos mostram que vivemos na época de maior intensidade de deslocamento transfronteiriço forçado de pessoas: cerca de 79,5 milhões, dentre os quais, 26 milhões de refugiados, em que 40% são crianças (cerca de 30 a 34 milhões). Entretanto, há a alta probabilidade de os números serem maiores que os oficiais, em virtude da maioria encontrar-se irregularmente nos países de destino.

Quanto ao Brasil, dados mais recentes atestam para cerca de 1 milhão de migrantes no país, mas com a ressalva feita no parágrafo anterior sobre a probabilidade desse número ser maior em virtude da irregularidade administrativa, mesmo que o Brasil tenha política de fomento à regularização da situação migratória.⁶

³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto global para a migração segura, ordenada e regular**. 2018. Disponível em:

https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180713_agreed_outcome_global_compact_for_migration.pdf. Acesso em: 11 mai. 2021.

⁴ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. **World Migration Report 2020**. Genebra, 2019. Disponível em: https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020.pdf. Acesso em: 15 jun. 2021. Este número aumentou, paradoxalmente, mesmo com a pandemia do covid-19, decretada no primeiro semestre de 2020, em que quase a totalidade dos países fecharam suas fronteiras por, ao menos, alguns meses.

⁵ UNCHR. The UN Refugee Agency. **Global trends: forced displacements in 2019**. Copenhagen, 2020. Disponível em: https://www.unhcr.org/5ee200e37/#_ga=2.173060518.401235618.1610306410-1664184422.1610306410. Acesso em: 08 jan. 2021.

⁶ Cavalcanti, L.; Oliveira, T.; Macedo, M., Imigração e Refúgio no Brasil. **Relatório Anual 2020**. Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2020

Diante desse breve cenário geopolítico mundial, o Brasil insere-se em polo oposto daquele dos países desenvolvidos: enquanto esses legislam normas de caráter securitizante e de criminalização dos fluxos migratórios, o primeiro sancionou legislação federal com o objetivo de garantia aos direitos humanos dos migrantes: a Lei de Migração (Lei 13.445/2017).

Essa foi regulamentada pelo Decreto editado pelo Presidente da República, Michel Temer, no mesmo ano: o de 9.199/2017, que, entretanto, positivou normas contrárias à própria Lei de Migração, Constituição Federal e diversos tratados internacionais que o Brasil é signatário.

Mesmo que o novo arcabouço jurídico nacional tenha sido tardiamente aprovado, tem como um de seus objetivos o rompimento do paradigma da segurança nacional e da defesa do “trabalhador nacional”, em voga desde o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980), aprovado nos últimos anos do período ditatorial brasileiro.

As tentativas de modernização legislativa ocorridas nas quatro décadas seguintes foram anacrônicas e insuficientes, por meio da edição de decretos, portarias e regulamentos emitidos pelo Conselho Nacional sobre a Imigração (CNIg), órgão parte do Poder Executivo, mais notadamente, do atual Ministério de Justiça e Segurança Pública.

Com o processo de redemocratização e a promulgação da Constituição Federal, em 1988, a inadequação dos dispositivos do Estatuto com os novos princípios da sociedade dirigente brasileira eram demasiadamente claros, embora, não obstou a sua aplicação prática por quase quarenta anos pelos tribunais nacionais.

Os estudos migratórios vinculam-se, em seu lado público e privado, às teorias sobre o pertencimento à comunidade política. O modelo brasileiro caracteriza-se pelo sistema híbrido, pelo qual admite-se dois modos tradicionais de atribuição da nacionalidade: o *jus sanguini* e o *jus soli*, ambos consagrados no art. 12º da CF/88. Nota-se que ambos estão ancorados na natividade. Para além disso, o critério de nacionalidade secundário, a naturalização, continua a ser altamente burocratizado e dispendioso.

Assim, quase cinco anos após a promulgação da nova legislação migratória, encontramos-nos em um cenário de alta complexidade: de um lado, a Lei de Migração, baseada pelo respeito às diversidades culturais e aos direitos humanos dos migrantes, em consonância com os ditames do Direito Internacional; de outro, o passado autoritário brasileiro, resultado da incompleta justiça de transição feita, com a estrutura jurídica e administrativa arcaica de governança das migrações praticamente intacta desde a sua instauração, de tal maneira que a

própria Constituição transplantou o dever da Polícia Federal ao controle das fronteiras. Há, ainda, uma ameaça posterior em razão das diversas regulamentações editadas em contrariedade à Lei de Migração, além de pressão externa internacional para a adoção de normas mais restritivas⁷.

Destarte, o presente trabalho tem como objetivo investigar os avanços, retrocessos, rupturas e continuidades do sistema brasileiro de garantia aos direitos dos migrantes, tendo como principal norte de abordagem a alteração normativa do Estatuto do Estrangeiro para a Lei de Migração frente ao Direito Internacional.

Em um primeiro momento, pretende demonstrar os fatores da incapacidade do modelo do Estado-nação em fornecer a proteção adequada aos direitos humanos dessa população, com a necessidade de (re)pensar o direito de pertencimento à determinada comunidade política vinculada ao exercício da soberania nacional. O exercício da cidadania está atrelado aos conceitos de natividade, portanto, não há cidadania sem a condição de ser cidadão.

É claro que a formação do Estado-nação brasileiro é completamente diferente dos europeus, em virtude de diversos fatores históricos, como o colonialismo. Mas a crítica histórica e as nuances da formação do Estado brasileiro não serão abarcadas neste trabalho. Por Estado-nação entendemos todo Estado de Direito e constitucional, características que, em maior ou menor medida, são apresentadas pelo brasileiro. O cerne do argumento reside de que o Estado centralizado e estruturado de forma hierárquica não possibilita o pleno desenvolvimento de uma ordem política dos direitos humanos.

Para tanto, propor-se-á o desenvolvimento de uma estrutura normativa alternativa, baseada nas contribuições do cosmopolitismo jurídico, com o propósito da construção de uma cidadania cosmopolita, a partir da conjunção de três correntes teóricas: i) clássica: baseada nos escritos políticos de Immanuel Kant, com ênfase nos conceitos de estado livre de federações e o direito à hospitalidade; ii) moderna: baseada nas diversas interpretações da noção do “direito a ter direitos” como vínculo à cidadania, de Hannah Arendt; iii) contemporânea: baseada no conceito das iterações democráticas, de Seyla Benhabib.⁸

⁷ Podemos pensar sobre a Lei de Migração de 2017 como uma ilha isolada no ordenamento jurídico brasileiro, o que torna a sistematização das regras e princípios jurídicos aplicáveis aos fluxos transnacionais de migrantes um trabalho altamente complexo.

⁸ As divisões feitas não têm a intenção de serem historicamente corretas, pois, estamos cientes das três correntes serem parte do período histórico da Modernidade. Mesmo assim, optou-se por tal divisão, com o intuito metodológico e didático, de delinear as principais contribuições e diferenciações de cada uma.

Frisa-se que a pesquisa apresentada faz parte do campo das Ciências Jurídicas, porquanto, os debates com aportes filosóficos trazidos não pretendem analisar exaustivamente a obra de cada autor. Tem, nesse esteio, a tentativa de incorporação de tais contribuições para a própria disciplina do Direito, com a investigação das conexões entre migração, cidadania e direitos humanos.

Além disso, os três autores escreveram suas obras em períodos distintos da História. Kant durante o século XVIII, no apogeu das ideias iluministas e do imperialismo e colonialismo. Arendt, no imediato após da II Guerra Mundial, devastada pelos campos de concentração e o surgimento, nas décadas de 30 e 40, de uma massa de refugiados apátridas. E, por fim, Benhabib, que escreve durante a virada para o segundo milênio, em que são sentidos os efeitos da globalização na soberania e nos direitos humanos.

Neste sentido e seguindo o entendimento de Christian Volk, o presente trabalho tem o intuito de ir além da mera exposição da história das ideias e, tentar pensar, de um ponto de vista hermenêutico de recuperação dos conceitos do passado para o presente, o que significa, em outras palavras “pensar o que o autor não pensou”⁹. Com isso, devemos refletir acerca da nossa “própria posição enquanto intérprete”.¹⁰

O trabalho será dividido em três grandes núcleos, além desta introdução e da conclusão. A primeira parte, composta de um grande capítulo, tratará justamente das três vertentes do cosmopolitismo jurídico. Nessa seção, pretenderá arguir acerca da incompletude de outras teorias normativas alternativas para o tratamento do exercício da cidadania pelos migrantes, particularmente, o comunitarismo, o nacionalismo cívico e o Direito dos Povos, de John Rawls.

Ao final dessa análise, com o aporte das contemporâneas teorias do Direito Internacional Privado, tenciona demonstrar que o núcleo da noção afetiva da cidadania pode ser também privado, de tal maneira que, em conjunto com outros elementos da disciplina, como o princípio da proximidade e a noção da ordem pública, têm a aptidão de transparecer o migrante como um de nós, especialmente em períodos de *stress* político. Nesse momento, também discutirá a relação entre globalização e reconhecimento dos migrantes com a perspectiva da inclusão dos direitos humanos para o próprio estudo do Direito Internacional Privado, com a proposta de formação de uma ética da tolerância no gerenciamento das migrações transnacionais. Esta parte será composta de um capítulo.

⁹ VOLK, Christian. **A ordem da liberdade – direito e política no pensamento de Hannah Arendt**. Trad: Thiago Dias da Silva. Rio de Janeiro e São Paulo. Editora Contracorrente, 2022, p. 35.

¹⁰ Idem, Ibidem.

A terceira parte consistirá em dois capítulos adicionais. Em um primeiro, o enfoque será em uma pesquisa histórico-jurídica, de caráter descritivo, em que se pretende discorrer acerca da instituição do migrante como indesejável, tendo como ponto de partida o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80) – legislação revogada pela Lei de Migração – e o contexto de privação de direitos durante a ditadura militar brasileira (1964-1985).

A escolha metodológica por tal corte temporal dá-se por ser o período considerado pela historiografia como aquele em que se operou uma mudança paradigmática do tratamento jurídico do migrante: do controle democrático da admissão dos migrantes para leis de caráter restritivo, discriminatório e racista. Outrossim, a extensão temporal para além da linha do tempo delimitada foge das nossas pretensões e objetivos.¹¹

No mesmo terceiro capítulo, identificar-se-á os princípios fundantes da política migratória de então: a ideologia da segurança nacional e a defesa do trabalhador nacional. Nesse momento, tendo como guia a filosofia política de Giorgio Agamben discorreremos sobre o moderno estado de exceção e a inscrição da vida do migrante como nua. Após, comparamos a inadequação do Estatuto com os dispositivos da Carta Cidadã, de 1988, tendo como pano de fundo os estudos de justiça transicional no campo das migrações com as posteriores tentativas de atualização legislativa.

Cumprе mencionar que a pesquisa bibliográfica e documental a ser realizada neste terceiro capítulo valoriza as produções anteriores ao ano de 2017, da promulgação da Lei de Migração, caracterizando-se multidisciplinarmente pelas interconexões da História, Filosofia, Sociologia das Migrações e do Direito.

Em um quarto capítulo, depois de uma breve recapitulação histórica dos debates da elaboração da Lei de Migração, com o enfoque na 1ª Conferência sobre Migrações e Refúgio (COMIGRAR), apresentará as diretrizes da nova legislação federal, com a demonstração de seus avanços e retrocessos em relação ao Estatuto. Não se trata de análise exaustiva dos artigos da Lei, mas, a exposição dos princípios, inovações e seus significados. Ao final, análise será feita de seu decreto regulamentador e demais normativas sobre a temática emitidas após a sua promulgação.

¹¹ OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, Luciano. **Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

Parte-se, deste modo, da análise macroanalítica para uma outra de cunho microanalítica, com o intuito de averiguar se as hipóteses levantadas estão em conformidade com a realidade verificada.

A pertinência da escolha pela investigação com o contributo do cosmopolitismo jurídico justifica-se pelos estudos migratórios nas Ciências Jurídicas ter o consenso na tríade nação/sociedade/Estado como o único local de produção normativa e a forma política paradigmática da modernidade. Tal concepção inibiu a possibilidade do entendimento do projeto moderno e moldou os debates sobre as relações entre migração e nacionalismo, dando a esse um caráter de algo previamente dado. Foge-se, portanto, do denominado nacionalismo metodológico.¹²

O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, pois parte do procedimento racional do geral para o particular para vislumbrar as características que o objeto apresentará. O trabalho possui a experimentação como sua categoria fundante, já que são “hipóteses viáveis, isto é, que poderão ser perfeitamente sustentadas durante a verificação, pelo menos em um primeiro momento”¹³.

Ademais, a pesquisa apresenta caráter qualificativo e exploratório, pois possui como objetivo apresentar maior conhecimento acerca da temática. Os materiais utilizados foram fontes convencionais consistentes na pesquisa bibliográfica e documental, com a consulta de livros, artigos científicos, teses e dissertações, legislações e jurisprudências, todos de procedência nacional e internacional, escritos prioritariamente no idioma português e inglês.¹⁴

O problema que a pesquisa pretende responder é se existe uma nova ética das migrações transnacionais na contemporaneidade a partir do referencial teórico construído. Em caso de resposta afirmativa, outra pergunta que se mostra pertinente é como os dispositivos da nova Lei de Migração brasileira refletem-na.

Em tal sentido, a hipótese delineada é que embora possa se averiguar uma nova ética das migrações transnacionais com o contributo do cosmopolitismo jurídico, tal renovação se mostrou incompleta no resultado do processo legislativo migratório brasileiro. Ainda, a abertura do direito internacional privado a esta nova ética, por razões expostas durante o trabalho, se

¹² WIMMER, Andreas.; GLICK SCHILLER, Nina. Methodological nationalism and beyond: nation-state building, migration and the social sciences. *Global Networks*, v. 2, n. 4, p. 301–334, 2002.

¹³ MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito - revista e atualizada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 69.

¹⁴ LAMY, Marcelo. *Metodologia da pesquisa jurídica, técnicas de investigação, argumentação e redação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011

mostra em estágio inicial de desenvolvimento, com complexos desafios a serem dirimidos, especialmente em uma época em que o nacionalismo volta à tona.

As jurisprudências e julgados citadas foram todas retiradas dos *sites* oficiais dos tribunais brasileiros, principalmente, dos órgãos superiores: o Supremo Tribunal Federal (<http://portal.stf.jus.br/>) e o Superior Tribunal de Justiça (<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>).

Importante mencionar que a pesquisa apresentada não é empírica ou jurisprudencial. As menções a julgados ou jurisprudências dos tribunais superiores brasileiros são apenas ilustrações de posições defendidas neste trabalho, pois, ciente de que, em caso de análise jurisprudencial haveria uma mudança na metodologia da pesquisa jurídica. Mas já adiantamos pela necessidade do desenvolvimento de pesquisas futuras acerca da interpretação dos tribunais da nova Lei de Migração brasileira.

Por fim, outras opções metodológicas devem ser descritas. Ao decorrer do texto, utilizamos, predominantemente, o termo migrante, em sentido amplo, para designar os grupos populacionais de imigrantes, asilados, apátridas e refugiados¹⁵ que se encontram no território brasileiro ou entre fronteiras. Justifica-se tal opção por razões metodológicas, para que a dissertação não repita em excesso termos que são, para nós, correlatos entre si. Foi essa, inclusive, a denominação escolhida do legislador para a nova legislação.

A ínfima colaboração que se pretende não tem como intenção a completa negação da importância do Estado-nação e do conceito de nacionalidade. Tais categorias têm a sua importância no mundo contemporâneo, contudo, outras formas de identidades e reconhecimento mostram-se igualmente hábeis a dar completude ao pertencimento político e o exercício da cidadania pelos migrantes.

Essa pesquisa se afasta do modo clássico de entender a estraneidade nas Ciências Sociais, qual seja: de encarar o Outro como uma ferramenta que ameaça a comunidade política ao demarcar negativamente o que não somos. O migrante não constitui um problema a ser estudado, e, sim, forma de solução para a inclusão democrática.¹⁶

¹⁵ Ciente das diferenciações sociológicas e legais da caracterização do imigrante e do refugiado, principalmente de que a governança do último continua sob as disposições do Estatuto do Refugiado (Lei 9.474/1997), concordamos com a ideia de Seyla Benhabib que a precisa delimitação de cada categoria é cada vez mais tênue, em razão da porosidade das fronteiras, os efeitos da globalização e a crescente desigualdade entre os países. In: BENHABIB, Seyla. *The End of the 1951 Refugee Convention? Dilemmas of Sovereignty, Territoriality, and Human Rights*. **Jus Cogens**, v. 2, n. 1, p. 75–100, 2020.

¹⁶ HONIG, Bonnie. **Democracy and the foreigner**. Princeton, N.J: Princeton University Press, 2001, p. 1-14.

Ao final, expor-se-á a conclusão em consonância com os resultados encontrados, fazendo sua análise crítica com a recomendação de outros estudos que mostrarem-se necessários.

1. A CIDADANIA COSMOPOLITA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: aportes do cosmopolitismo jurídico

1.1 Conceito(s), elementos e origem do cosmopolitismo jurídico

Antes de analisarmos com profundidade as vertentes do cosmopolitismo jurídico, necessitamos delimitar seu conceito e objeto, com o intento de facilitar a compreensão da leitura e para que não ocorra a confusão com temas correlatos.

Não há uma conceituação exata e homogênea do que constitui o cosmopolitismo jurídico. Os conceitos trazidos são aqueles que têm maior aderência na literatura crítica, mas sem a pretensão de esgotá-los. A escolha foi pela sua conceituação dada na contemporaneidade e é essa que esperamos o leitor tenha em mente no restante da leitura do trabalho.

O pensamento cosmopolita tem origens na Grécia, com suas primeiras formulações por Diógenes, quem se autodenominava “cidadão do mundo”. Diógenes desenvolveu seu argumento acerca do cosmopolitismo de uma forma bastante restrita. Para o grego, sua afiliação não era em relação à Grécia ou a Europa, mas sim à racionalidade humana. Dessa forma, questões de gênero, raça, classe social são irrelevantes de um ponto de vista moral.¹⁷

A visão de Diógenes, o Cínico, foi melhor desenvolvida posteriormente pelos estoicos romanos, principalmente por Cícero¹⁸, que escreveu sua obra enquanto era perseguido pelas forças do imperador romano Marco Antônio, fato que acabou ocasionando sua morte. Outros filósofos estoicos, como Marco Aurélio e Sêneca também fizeram contribuições ao pensamento cosmopolita.

Foi com o movimento Iluminista que a corrente foi renovada, com a publicação das obras de Immanuel Kant¹⁹, especialmente o opúsculo “À Paz Perpétua”, de 1795, que influencia os pensadores do tema até os dias atuais. Optou-se, entretanto, ser Immanuel Kant o ponto de partida desse trabalho, precisamente por ser quem baseia, em grande medida, as contemporâneas correntes do cosmopolitismo.

¹⁷ NUSSBAUM, Martha. Craven. Kant and stoic cosmopolitanism. *Journal of Political Philosophy*, v. 5, n. 1, p. 1–25, 1997.

¹⁸ CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. Tradução de Angélica Chiappetta. Martins Fontes: São Paulo, 1999

¹⁹ KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua**: um projeto filosófico. 1ed. Petrópolis: Vozes/ São Francisco, 2020.

Em primeiro lugar, o que se propõe não se confunde com um mundo sem fronteiras. Embora eticamente seja possível, politicamente seria impossível enviar uma república mundial, ou um Estado único confederado. Aliás, existe, para nós, a importância das fronteiras e do controle migratório como um dos locais de formação da identidade. Contudo, é possível que ele seja feito sob bases democráticas, visando a inclusão do migrante sob fundamentos não relacionados à nacionalidade ou qualquer forma de discriminação.

O exercício da soberania estatal deve ser compartilhado em múltiplos níveis, por esferas interdependentes de ação. Por meio dessas, obsta-se ao exercício da discricionariedade da autoridade policial para o controle dos migrantes.

No período pós-guerra e, mais notavelmente, no final do século XX, o pensamento cosmopolita foi revitalizado. Com a convação da globalização moderna, a partir dos anos 80 do século XX, e a transformação das estruturas sociojurídicas em razão dos desastres humanitários das Grandes Guerras, crescem as alternativas para repensar a atribuição e exercício da cidadania.

Assim, o ideal cosmopolita assume uma nova visão baseada em três aspectos: não pode ser diretamente derivada da natureza (Direito Natural), se torna realizável na História e depende da agência humana. Isso implica que o cosmopolitismo é sempre contextual e representa um desafio a formas constituídas de legitimação, autoridade e pertencimento.²⁰

A partir de tais rupturas, o atual sistema do Estado-nação, embora prevalecente, não se mostra suficiente como a única fonte normativa para a defesa dos direitos humanos. Linklater²¹ afirma a confluência de três fatores que colaboram para tal cenário: a) as complexas interdependências da vida pós-moderna, na qual não há garantia de que os cidadãos possam exercer o pleno controle sobre suas decisões coletivas e individuais com base apenas nos arranjos institucionais nacionais; b) o déficit democrático das organizações internacionais, que alijam da participação efetiva dos cidadãos; c) surgimento do dano transnacional, o que gera maior interdependência entre os Estados, como o aquecimento global e a corrupção.

Na atualidade, nota-se a presença de três correntes sobre a cidadania: a) os estatistas: a concepção da cidadania está baseada no compartilhamento da nacionalidade e território. Defendem que a cidadania global não passa de uma utopia. Os deveres e direitos que são imperfeitos em um estado natural torna-se perfeito dentro da comunidade política, em relação

²⁰ INGRAM, James D. Introduction. In: INGRAM, James D. **Radical cosmopolitics: the ethics and politics of democratic universalism**. New York: Columbia University Press, 2013.

²¹ LINKLATER, Andrew. Cosmopolitan citizenship. **Citizenship Studies**, v. 2, n. 1, p. 23–41, fev. 1998.

aos vizinhos próximos. Essa corrente demonstra, muitas das vezes, uma visão nacionalista exacerbada do conceito de cidadania²²; b) aqueles que se baseiam na tradição kantiana para concluir que os cidadãos não devem compaixão apenas com seus vizinhos, mas com toda a humanidade, em uma visão essencialmente ética; c) concepção dialógica da cidadania global, a partir dos escritos de Habermas, Benhabib, entre outros, que propõem a junção das esferas política, jurídica e ética para o desenvolvimento de uma verdadeira cidadania transnacional, em que concluem que existem, para além dos argumentos morais, argumentos jurídicos que sustentem as suas teses.

A terceira corrente é a que mais nos interessa, já que argumenta em favor do desacoplamento da cidadania do Estado, rompendo com o tradicional tripé entre Estado/Povo/Território. A partir de tal linha, pretende-se a construção de novos locais de produção normativa, como os movimentos sociais, em que há a aparição em público, no sentido *arendtiano*, para práticas de ação e de discurso.

Jeremy Waldron divide entre duas correntes de cosmopolitismo: o cultural e o jurídico. O segundo é o nosso enfoque, embora os dois estejam interligados:

Em vez disso, devo tomar as normas da minha cultura por aquilo que elas realmente são – não aspectos da minha identidade (ou vaidade cultural), mas soluções ou supostas soluções, as quais foram desenvolvidas em um grupo com o passar do tempo e fundadas profundamente pelas distintas experiências dos membros desse grupo, para os problemas e conflitos que nós talvez possamos compartilhar com outros que desenvolvem abordagens diferentes (e rivais) fundadas por experiências diferentes (tradução nossa)²³.

É neste sentido que Seyla Benhabib define o cosmopolitismo jurídico como impossível de ser realizado sem a sua contextualização e articulação através de entidades políticas autogovernáveis. O cosmopolitismo envolve o reconhecimento que todos os seres humanos são

²² MILLER, David. Immigrants, Nations, and Citizenship. **Journal of Political Philosophy**, v. 16, n. 4, p. 371–390, dez. 2008.

²³ No original: “It is rather that I should take the norms of my culture for what they really are – not aspects of my identity (or my cultural vanity), but solutions or purported solutions, which have been developed in one group over time and funded deeply by the distinctive experience of the members of this group, to problems and conflicts which we may possibly find ourselves sharing with others who have developed different (and rival) approaches funded by different experiences”. In: WALDRON, Jeremy. What is Cosmopolitan? **Journal of Political Philosophy**, v. 8, n. 2, p. 243, 2000.

peessoas igualmente morais sujeitas à proteção jurídica, não em razão de pertencerem a alguma nacionalidade ou grupo étnico, mas como seres humanos enquanto tais.²⁴

Percebe-se que ao lado do conceito de cosmopolitismo jurídico está a ideia de uma ética do discurso capaz de mobilizar ações em assuntos de interesse estatal e transnacional. Essa é a definição de Bonnie Honig, na qual o cosmopolitismo democrático caracteriza-se por formas novas de internacionalismo que buscam não governar por si só, mas a ampliação dos recursos, energia e *accountability* de uma sociedade internacional incipiente que contesta ou apoia tais ações.²⁵

Por sua vez, Thomas Pogge identifica três características que são compartilhadas por todas posições cosmopolitas: a) individualismo, no sentido de o ser humano ser a principal unidade de preocupação; b) universalidade: em que o *status* jurídico de cada ser humano é a igualdade; c) generalidade: possui abrangência global, pois, pessoas são as principais unidades de preocupações para todos, não se restringindo a vizinhos, compatriotas, ou seja, aqueles que estão física e afetivamente mais próximos de nós.²⁶

Isso nos leva a duas correntes que se interconectam quando falamos do cosmopolitismo: a ideia, por um lado, que temos obrigações morais para com o Outro, as quais vão além daquelas compartilhadas por uma dada comunidade; e, por outro, o levar a sério não apenas o valor de uma vida humana em abstrato, mas de vidas humanas particulares, o que realça as diferenças de cada indivíduo ou grupo.²⁷

A modalidade do cosmopolitismo aludida é definida como “rizomático” por Jânia Maria Lopes Saldanha e Rafaela da Cruz Mello:

O fato é que não há uma única visão cosmopolita, mas sim uma pluralidade de projetos cosmopolitas. O que há de comum entre todos é o fato de o cosmopolitismo ser o contrário da homogeneização. Os movimentos de emancipação nacional podem, assim, estar integrados na luta cosmopolita pela transformação da política mundial e na luta por justiça mundial que pressupõe lutas políticas e lutas jurídicas contra hegemônicas baseadas em

²⁴ BENHABIB, Seyla. **Dignity in adversity**: human rights in troubled times. Cambridge, UK; Malden, MA: Polity, 2011, p. 1-19.

²⁵ HONIG, op cit, p. 1-14.

²⁶ POGGE, Thomas. Cosmopolitanism and Sovereignty. **Ethics**, v. 103, n. 1, p. 48–75, 1992.

²⁷ APPIAH, Kwame Anthony. Patriotas cosmopolitas. **Revista. brasileira. Ciências. Sociais**. 13 (36), fev. 1998, Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-69091998000100005>. Acesso em: 14 jun. 2021.

princípios político-jurídicos alternativos, que considerem as tradições e as culturas e ao mesmo tempo as mantenham abertas a experiências distintas²⁸

De forma semelhante, Ademar Pozzatti Júnior o denomina de cosmopolitismo “pós-metafísico”, contudo, nota-se que os conceitos se assemelham entre si:

O cosmopolitismo pós-metafísico não se satisfaz com as exigências morais, mas quer adentrar na esfera da política para traduzir-se na forma jurídica. Trata-se de clarificar a ligação entre as normas cosmopolitas e a “vontade nacional” através de instituições públicas representativas nos níveis internacional e intranacional. Com efeito, um dos principais obstáculos para implementar o projeto cosmopolita é demonstrar que a identidade política não precisa ser concebida em termos estatocêntricos. Assim, o cosmopolitismo não representaria apenas uma nova forma jurídica ou política para os desafios de um Estado nacional erodido em suas bases clássicas ou para a crise do conceito de cidadania²⁹

Portanto, indissociável da construção do projeto cosmopolita é a ideia de uma cidadania cosmopolita ou transnacional, em que há a ruptura da conexão entre nacionalidade e cidadania, vinculando-a em conceitos para além do Estado-nação.

1.2 A vertente clássica: Immanuel Kant

O primeiro ensaio de Kant a respeito do cosmopolitismo é denominado de “Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita”, de 1784. Nele, o autor urge pela necessidade da construção de instituições jurídicas supranacionais e da saída do estado de natureza entre os Estados³⁰, por meio de uma república mundial.

²⁸ LOPES SALDANHA, Jânia Maria; DA CRUZ MELLO, Rafaela. Um imaginário possível: rumo ao cosmopolitismo jurídico - 10.12818/P.0304-2340.2017V70P435. **Revista da Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 70, p. 449, 2018.

²⁹ POZZATTI JUNIOR, Ademar. O dever de cooperação internacional no quadro do cosmopolitismo pós-metafísico. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, [S.l.], n. 76, p. 39-40, jan. 2020. ISSN 1984-1841. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/2055/1919>. Acesso em: 05 fev. 2021

³⁰ É de importância a sétima proposição da obra. Em suas palavras: “De que serve trabalhar por uma constituição civil legal entre os indivíduos, isto é, pelo estabelecimento de uma comunidade? A mesma insociabilidade, que obrigou os homens a estabelecer tal comunidade, é de novo a causa porque cada comunidade se encontra numa relação exterior, isto é, como Estado em relação a outros Estados, numa liberdade irrestrita e, por conseguinte, cada um deve esperar do outro os males que pressionaram e constrangeram os homens singulares a entrar num estado civil legal. Por conseguinte, a Natureza utilizou uma vez mais a incompatibilidade dos homens, e até das

Em 1793, no ensaio “Sobre a expressão corrente: isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática”, ocorre a primeira alteração de seu pensamento. Pela primeira vez, não há menção à república mundial, e sim, da federação de Estados como o melhor caminho³¹. Mas diferentemente da “À Paz Perpétua”, o autor não trabalha com o uso ou não da coerção no nível interestatal.

O contexto histórico no qual os escritos políticos ocorrem são do começo da expansão europeia colonizadora. Kant, embora haja interpretações contrárias³², opõe-se ao uso da força e o direito da conquista por parte dos europeus, especialmente em relação aos indígenas e povos tradicionais.

Na construção do modelo kantiano, ao invés da tradicional dicotomia entre direito estatal e internacional, a subdivisão é tripartite: estatal, internacional e cosmopolita. É possível visualizar, conforme Archibugi³³, a aplicação de sua filosofia crítica, especialmente do

grandes sociedades e corpos estatais que formam estas criaturas, como meio para encontrar no seu inevitável antagonismo um estado de tranquilidade e de segurança; isto é, por meio das guerras, do armamento excessivo e jamais afrouxado em vista das mesmas, da necessidade que, por fim, cada Estado deve por isso sentir internamente até em tempo de paz, a Natureza compele-os, primeiro, a tentativas imperfeitas e, finalmente, após muitas devastações, naufrágios e até esgotamento interno geral das suas forças, ao intento que a razão lhes podia ter inspirado, mesmo sem tantas e tão tristes experiências, a saber: sair do estado sem leis dos selvagens e ingressar numa liga de povos, onde cada Estado, inclusive o mais pequeno, poderia aguardar a sua segurança e o seu direito, não do seu próprio poder ou da própria decisão jurídica, mas apenas dessa grande federação de nações (Foedus Amphictyonum), de uma potência unificada e da decisão segundo leis da vontade unida. In: KANT, Immanuel. **Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita**. Trad: Artur Morão, Lusosofia Press, 2004, p.11-12. Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/kant/1784/mes/historia.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2021.

³¹ KANT, Immanuel. **Sobre a expressão corrente: isto pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática**. Trad: Artur Morão, Lusosofia Press, 2004, 49p. Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/kant/1793/mes/corrente.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2021.

³² Sobre Kant ter posições racistas e sexistas, ver: KLEINGELD, Pauline. On Dealing with Kant’s Sexism and Racism. **SGIR Review**, v. 2, n. 2, p. 20, 2019. Disponível em: <https://philarchive.org/archive/KLEODW>. Acesso em: 26 mai. 2021. Contudo, segundo Pauline Kleingeld, as visões do filósofo sobre a hierarquia das raças não permaneceram estáticas durante a construção de sua filosofia moral, principalmente na década de 1790. Em suas palavras: “*More plausible, therefore, is the assumption that Kant gave up the hierarchical view of the races in the context of his elaboration of his political theory and theory of right. The time when he changed his views on race falls within the period during which his political theory and philosophy of right underwent significant transformations, in the wake of the French Revolution. Examples of other important developments in Kant’s political theory around this time are his notion of citizenship, his republicanism, and the concept of cosmopolitan right. Kant was never generous in explaining to posterity the genesis or transformation of his views, and thus we may never know the precise circumstances of his change of mind. Yet it would certainly not be surprising if he had started to reconsider his earlier acquiescence in the European practices of colonialism and slavery while he was developing his new theoretical commitments, and if he had decided to give up entirely the hierarchy of the races, even while retaining the notion of race as a purely physiological concept*”. In: KLEINGELD, Pauline. Kant’s second thoughts on race. **The Philosophical Quarterly**, v. 57, n. 229, p. 592, out. 2007. Disponível em: https://pure.rug.nl/ws/portalfiles/porta/2768306/Kants_second_thoughts_on_race.pdf. Acesso em: 26 mai. 2021.

³³ ARCHIBUGI, Daniele. Immanuel Kant, Cosmopolitan Law and Peace. **European Journal of International Relations**, p. 429-456, 1995.

imperativo categórico de três modos: aja de tal modo que suas ações se tornem universais, que o tratamento direcionado aos seres humanos seja, como a si próprio, sempre como um fim; e a ação seja direcionada para a instituição de uma estrutura universal.

Em “À Paz Perpétua”, o projeto filosófico kantiano segue a forma dos tratados de paz da época, dividido em artigos preliminares, definitivos, suplementos e apêndices. Quanto aos primeiros, refere-se às prescrições do direito estatal, portanto, são recomendações do tratamento entre os Estados, que são entes morais em um estado de natureza bélico.

Os artigos preliminares tratam dos fundamentos do *jus ad bellum*, isto é, o direito de guerra. É um estágio anterior ao direito cosmopolita, em que os seis artigos dispostos tratam de uma paz provisória *a priori* de um ordenamento jurídico que almeja a paz mundial.³⁴

São seis: a) a invalidade de tratado de paz celebrado com *reserva mentalis* para uma guerra futura. A vontade para a paz mundial deve ser incondicional; b) a impossibilidade de adquirir outro Estado mediante troca, doação ou compra, em virtude de ser o Estado uma pessoa moral; c) a necessidade de desaparecimento dos exércitos militares permanentes, por serem causa permanente de suspeita e que possuem uma contradição em si: como grande parte do erário devota-se à sua formação, os governantes podem mostrar-se compelidos a irem à guerra como justificativa para os seus gastos; d) a proibição de custeamento das guerras mediante o endividamento público; e) a não-intervenção; f) a proibição de hostilidades que tornem impossível a paz futura, o que diz respeito, inclusive, ao tratamento dos prisioneiros de guerra.³⁵

Os artigos definitivos dividem-se em três: em primeiro, a constituição dos Estados deve ser republicana. Kant nega a possibilidade da democracia, relegando-a em uma posição inferior que a própria monarquia, uma vez que é preferível o despotismo de um ao invés de muitos³⁶. O republicanismo caracteriza-se pela separação de poderes entre Executivo e Legislativo e pela representação legislativa.

Em segundo, os Estados devem constituir uma federação livre. A escolha de Kant por uma federação, ao contrário de um Estado mundial, por exemplo, dá-se por razões de como se estruturam as formas do Estado jurídico. Há, em sua visão, três formas: a) estado civil, que

³⁴ CUNHA, Bruno. L. À Paz Perpétua: estudo introdutório. In: **À Paz Perpétua: um projeto filosófico**. 1ed. Petrópolis: Vozes/ São Francisco, 2020, v., p. 1-20.

³⁵ Ibidem, p. 29-35.

³⁶ Ibidem, p. 38-42.

consiste em indivíduos reunidos dentro do Estado-nação; b) vários Estados-nações reunidos; c) o Direito Cosmopolita.³⁷

Para entendermos a formação das instituições supranacionais em um Direito Cosmopolita devemos fazer uma breve digressão a respeito do que Kant entende por estado de natureza e a sua aplicação para a relação entre Estados nacionais.

A noção kantiana de estado de natureza possui uma conotação negativa. Analogicamente, nos seus escritos políticos iniciais, por causa dos indivíduos dentro do Estado-nação terem se reunido e optado por deixar o estado de natureza, tal raciocínio poderia ser aplicado em nível interestatal. Dessa forma, bastaria que os Estados decidissem sair do seu próprio estado de natureza.

O problema com o estado de natureza não é o fato de não termos um Direito coercível instituído, mas a falta de instituições jurídicas para a resolução das disputas. Desse jeito, a única pessoa capaz de julgar o que constitui uma ameaça ou hostilidade a um direito é o próprio indivíduo, o que faz irromper a violência privada.³⁸

O conceito de malignidade insere-se nessa perspectiva, uma vez que para sair do estado de natureza para um estado jurídico de Estados é necessário ter como ponto de partidas algumas pressuposições: a) bondade, a qual é refutável, em que todos são presumidos como bons, até prova em contrário; b) inocência, os indivíduos não são injustos; c) maldade, trata-se de um pressuposto filosófico, em que se possibilita o exercício do Direito para exercer defesa preventiva ou preemptiva.³⁹

Os Estados são pessoas dotadas de moral, e que, portanto, têm o direito e o dever de sair do estado de natureza. Em um estado jurídico de Estados haveria a submissão a leis coercíveis públicas, em que a nação individual permaneceria intacta.⁴⁰

A questão da federação livre é fonte de controvérsias para os intérpretes. A partir da “À Paz Perpétua”, há uma mudança no pensamento *kantiano*. Se, até então, figurava a república mundial como o estágio a ser conquistado, nesse opúsculo, Kant menciona explicitamente que esse é um ideal inalcançável. Ao contrário, propõe a federação de estados livres, na qual a

³⁷ Ibidem, p. 42-47.

³⁸ BYRD, B. Sharon.; HRUSCHKA, Joachim. From the State of Nature to the Juridical State of States. **Law and Philosophy**, v. 27, n. 6, p. 599–641, nov. 2008.

³⁹ Ibidem; Idem.

⁴⁰ Ibidem; Idem.

coerção no nível interestatal para a saída do estado de natureza não pode ser utilizada, o que implica que os Estados nacionais devem sair dessa posição de forma voluntária.⁴¹

Segundo Klein, tal mudança enseja três correntes de intérpretes contemporâneos: a) limitativa, para qual Kant abandonou totalmente a possibilidade da república mundial; b) revisionista, em que Kant abandonou totalmente a possibilidade da república mundial, mas isso não deveria ter sido feito; c) processualista, pela qual Kant não abandona a perspectiva de uma república mundial, e a federação de estados livres configura-se como um intermediário necessário.⁴²

A terceira corrente parte do pressuposto da interpretação sistemática das obras *kantianas*. Por tal raciocínio, a paz perpétua é o caminho para chegar-se à república mundial. A federação possui uma função dupla, demonstrando um conflito de fundamentos de obrigações: ao mesmo tempo, deve afastar a possibilidade de um estado mundial despótico, governado por um só e criar as condições para o desenvolvimento de um cosmopolitismo jurídico, mesmo que em caráter provisório e frágil.⁴³ Domina, nesse caso, a necessidade de afastar o mal maior, isto é, o governo despótico.

As características da federação são: a voluntariedade, em concordância com suas concepções de soberania e autonomia estatal: para Kant o Estado-nação não pode ser superior ao seu povo e inferior a um Estado mundial; pacificidade, a possibilidade de apenas repelir ataques externos; a proibição do uso da coerção, em que não há uma autoridade soberana, em que os Estados são livres para a dissolução e criação da federação; e uma vontade geral, realizável por algum tipo de contrato.⁴⁴

A voluntariedade e a conseqüente possibilidade do uso ou não da coerção têm ganhado proeminência nos debates atuais. Parece-nos importante sublinhar que, no modelo de

⁴¹ Kant afirma: “(..) Aos Estados, em sua relação recíproca, não pode ser concedido nenhum outro meio, segundo a razão, de saírem do estado sem lei, que não contém nada além da guerra, do que se acomodar a leis coercitivas públicas – assim como os seres humanos renunciam a sua liberdade (sem lei) – e então formar um (sempre de fato crescente) Estados de povos (*civitas gentium*) que abarcaria em última instância todos os povos da terra. Mas uma vez que, de acordo com sua ideia de direito das gentes, eles não querem isto e, por conseguinte, rejeitam *in hypothesis* o que é correto *in thesi*, então no lugar da ideia positiva de uma república mundial (se não é para se pôr tudo a perder) apenas o substituto negativo de uma liga permanente e sempre expansiva, que evite a guerra, é capaz de conter o fluxo de inclinação hostil e contrária ao direito, mesmo com o perigo constante da sua irrupção. In: KANT, op cit, 2020, p. 46-47.

⁴² KLEIN, T. Joel. O Cosmopolitismo Jurídico de Kant. **ETHIC@ (UFSC)**, v. 19, p. 209-249, 2020.

⁴³ KLEIN, T. Joel. Kant e a Livre Federação das Nações como Meio para a República Mundial. **CADERNOS DE FILOSOFIA ALEMÃ: CRÍTICA E MODERNIDADE**, v. 25, p. 129-148, 2020.

⁴⁴ RAPONI, Sandra. What is required to institutionalize Kant’s cosmopolitan ideal? **Journal of International Political Theory**, v. 10, n. 3, p. 302–324, out. 2014. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1755088214537474>. Acesso em: 27 mai. 2021.

cosmopolitismo jurídico aqui proposto, para Kant, o Estado é a união de indivíduos com o propósito de sujeitarem-se à lei comum.

Jürgen Habermas adota a posição de ter Kant optado pela federação livre de Estados, ao não fazer alusão, em seus últimos escritos, à república mundial. Para o autor, Kant confia unicamente na autovinculação moral dos Estados, mediante atos soberanos da vontade em acordos feitos em consonância com o direito internacional. A crescente interdependência das sociedades gera, em estágio inicial e de modo indireto, a esfera pública em escala global, em que há a tendência pela pacificidade dos povos. Tal esfera caracteriza-se pela acessibilidade e a disponibilidade de argumentos razoáveis.⁴⁵

Nesse sentido, pode-se afirmar que, posteriormente, para Kant, há uma limitação da aplicação do argumento da analogia do estado de natureza, pois, o uso da força para fazer os Estados juntarem-se em uma república mundial mostra-se não recomendado, porquanto, violaria a autonomia dos indivíduos como também do povo coletivamente.⁴⁶

Essa violação pode levar à própria ruptura dos direitos e liberdades conquistadas dentro do estado civil. Se a república mundial se fundar em uma escala de poder entre os Estados, notadamente os mais poderosos poderão coagir os demais. É óbvio que, por conseguinte, a autonomia política dos cidadãos e dos próprios Estados sofre um ataque, o que demonstra a natureza autoritária do processo em si.⁴⁷

Baseado em tal argumentação, Kant mantém, em certa medida, entendimento erigido na Paz Perpétua em obra posterior. Em 1797, em sua doutrina do Direito, o filósofo abre a possibilidade de os Estados guerrearem em caso de defesa à ataque injusto perpetrado por Estado adversário, contudo, advoga pela formação da federação de Estados, os quais Kant denomina de congresso permanente de Estados. Mas a ideia é a mesma, apenas se muda a terminologia.

Nessa obra, o filósofo tece novas críticas pragmáticas à república mundial, principalmente, da impossibilidade prática de governar toda a extensão da Terra, invocando o

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. A ideia kantiana da paz perpétua – à distância histórica de duzentos anos. In: HABERMAS, J. **A inclusão do outro**: estudos da teoria política. Trad. Denilson Luís Werle; São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 281-340.

⁴⁶ KLEINGELD, Pauline. Approaching Perpetual Peace: Kant's Defence of a League of States and his ideal of a World Federation. **European Journal of Philosophy**, v. 12, n. 3, p. 304–325, 2004. Disponível em: <https://www.rug.nl/staff/pauline.kleingeld/kleingeld-approaching-perpetual-peace.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2021.

⁴⁷ Idem

problema do tamanho. Se o congresso de Estados se tornar demasiadamente extenso, é impossível governá-lo e proteger cada Estado-membro.⁴⁸

Independente de qual interpretação se mostre a mais apropriada, algumas premissas universais podem ser retiradas do segundo artigo definitivo, entre as quais, a necessidade de repensar a soberania estatal, de uma forma compartilhada e da criação de instituições supranacionais para a regulamentação de diversos assuntos, em que ocorre a união de indivíduos com o propósito de sujeitarem-se à lei comum.

No terceiro artigo definitivo, Kant trata do Direito Cosmopolita a partir do princípio da hospitalidade para com o migrante internacional. O Direito Cosmopolita difere-se dos demais ramos de direito público por regular a condição jurídica dos indivíduos, e, principalmente, nas relações entre Estados e indivíduos que não são cidadãos.

Nele, projeta a admissão em uma dada comunidade política em duas fases (direito de hospitalidade): a) 1ª admissão: de cunho temporário, que deve ser garantida a todos os estrangeiros que adentrarem no território de outra comunidade política desde que de forma pacífica, b) 2ª admissão: direito de permanecer no território com status de membro. Importante frisar que tal fase ocorreria apenas com o consentimento da comunidade política vinculada, em uma espécie de tratado entre a comunidade e o migrante.

Ainda proclama que o Direito Cosmopolita deve ser limitado às condições da hospitalidade universal.⁴⁹ O filósofo faz, assim, uma leitura mínima e negativa do direito de hospitalidade: um migrante não pode ser tratado com hostilidade pelo mero fato de entrar no território de outrem, desde que haja um respeito mútuo. Seria equivalente a um direito a não sofrer danos ou mal em razão de estar em outro território, inclusive estar sujeito à deportação danosa.⁵⁰

Com isso, não propõe a abertura das fronteiras, e sim, a pavimentação do caminho para atuação da discricionariedade da soberania estatal. Entretanto, para Kant, é inegável que os Estados possuem obrigações para com o migrante. Há o reconhecimento de uma emergente

⁴⁸ KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013.

⁴⁹ Segundo Kant: “Aqui, como nos artigos precedentes, estamos falando não de filantropia, mas de direito e, nesse caso, hospitalidade significa o direito de um estrangeiro, por ocasião de sua chegada no solo de outro, de não ser tratado de maneira hostil. Este pode ser mandá-lo embora, se isso puder ocorrer sem a sua ruína, mas enquanto de se comportar pacificamente em sua posição, não pode ser tratado de maneira hostil. In: KANT, op cit, 2020, p.47.

⁵⁰ KANT, op cit, 2020, p. 47-51.

relação interdependente interestatal. Kant, ao mesmo tempo, que afirma o exercício da soberania nacional contempla novas modalidades e possibilidades.

Em um primeiro momento, parece-nos que Kant não sistematiza o exercício de direitos por parte dos migrantes, apenas o direito à visita, de maneira não absoluta. Há a exclusão da possibilidade do exercício do direito à residência. Mas a hospitalidade enseja direitos e deveres recíprocos entre Estado anfitrião e migrante.

Pauline Kleingeld projeta uma interpretação mais ampla do direito de hospitalidade à luz da contemporaneidade. O fato de a admissão ser obrigatória em caso de ruína do migrante enseja o acolhimento daquele que, ao contrário, levaria à sua destruição mental ou dano físico incapacitante, além da fome e doença crônica. Além disso, deve possuir razões legítimas para limitar a admissão de alguém. Kant, continua a autora, baseia a comunidade original da Terra sob sua noção do direito humano à liberdade externa.⁵¹

Por outro lado, a hospitalidade kantiana é ainda incipiente e condicional, pois, conforme assinala Fernanda Bernardo, o acolhimento do outro dá-se em condições das tipologias tradicionais, como cidadão, estrangeiro, isto é, não enquanto ser humano por si só, mas apenas como sujeito de direito de um determinado Estado-nação.⁵² Acolhe-se o migrante enquanto cidadão, mas não da sua comunidade política. Em suas palavras:

O que pressupõe, notemo-lo também relevando já alguns dos limites do cosmopolitismo, o acolhimento de outrem apenas na sua condição de cidadão, de cidadão- estrangeiro, isto é, não enquanto humano “tout court”, mas apenas enquanto membro de direito de um determinado Estado- nação – a hospitalidade é, nas palavras de Kant, “o direito de um estrangeiro a não ser tratado com hostilidade”: mas “o direito de um estrangeiro”, de um cidadão-estrangeiro “a não ser tratado com hostilidade» desde que se «comporte amistosamente no seu lugar”, isto é, desde que acate a sua condição de estrangeiro, observando as leis, as normas, os usos e costumes do hospedeiro, a quem deverá, assim, reconhecer o estatuto de hospedeiro soberano, isto é, de dono e senhor do lugar onde lhe “dá” lugar⁵³.

⁵¹ KLEINGELD, Pauline. Kant’s Cosmopolitan Law: World Citizenship for a Global Order. *Kantian Review*, v. 2, p. 72–90, mar. 1998. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/kantian-review/article/abs/kants-cosmopolitan-law-world-citizenship-for-a-global-order/485D8C4742BFFF5DC7664F109463B9CC>. Acesso em: 31 mai. 2021.

⁵² BERNARDO, Fernanda. Por um novo espírito alter--mundialista (i) Do cosmopolitismo (Kant) à «nova internacional» (Derrida). *Revista Filosófica de Coimbra*, v. 29, n. 57, p. 19–58, maio 2020. Disponível em: https://impactum-journals.uc.pt/rfc/article/download/0872-0851_57_2/6281/32133. Acesso em: 30 mai. 2021

⁵³ Idem, p.40.

A hospitalidade kantiana mostra-se limitada para a atual conjectura globalizada.⁵⁴ Ao demonstrar a etimologia da palavra, Fernanda Bernardo demonstra que “hospitalidade” pode dizer tanto “hospitalidade” como “hostilidade”, o que faz com que o hospedeiro, aquele que recebe ou fornece a hospitalidade, é também o proprietário do local onde se dá, exercendo, logo, relações de poder para com o hóspede.⁵⁵

Tal fato gera efeitos no próprio acolhimento, já que obriga o hóspede acolhido a assimilar-se, naturalizar-se, ajustar-se aos costumes, usos e linguagem do anfitrião. Portanto, com o intuito de salvaguardar a sua soberania, o acolhimento do migrante ocorre na posição de amigo, o que se percebe pela escolha da locução “mas enquanto”, no escrito original.⁵⁶

As condições da hospitalidade abrem as portas para as condições da deliberação, através da atualização e proteção da comunicação para além da fronteira estatal. Nesse sentido, a implicação em que os Estados são moralmente responsáveis por exercer o direito cosmopolita de admissão gera a obrigação que os migrantes participem, inclusive, do processo de tomada de decisão.⁵⁷

Para o teórico crítico Brian Milstein, Kant foi o primeiro filósofo a tecer comentários acerca da problemática cosmopolítica, isto é, não a busca universal de princípios morais, mas o exame dos desafios globais. Sob uma perspectiva da filosofia crítica kantiana, Milstein propõe que o conceito de *commercium* seja de importância para o desenvolvimento de sua posterior filosofia moral.

Kant possui um conceito puro de comunidade, em que existem relações de causalidade recíprocas, na qual o estado de cada membro está vinculado ao de outro. Divide a comunidade em duas: a) *communio*: é a condição de existência compartilhada, que é definida por instituições humanas; b) *commercium*: é a interação recíproca, em que cada ser humano afeta o outro. Antes de sermos um Estado-nação, somos homens livres, cada qual com seu ponto de vista, o que gera

⁵⁴ Por sua vez, Maria Borges conclui que a hospitalidade kantiana teve efeitos práticos no século XX. O cosmopolitismo alcança a sua forma jurídica com a Convenção sobre o estatuto dos refugiados, em 1951, pela qual positiva o princípio do *non-refoulement*, ou seja, a proibição de expulsão. Segundo a autora, é possível que o direito à hospitalidade kantiana se alastre com o decorrer do tempo. In: BORGES, Maria. Direito cosmopolita e direito dos refugiados em Kant. **ETHIC@ (UFSC)**, v. 17, p. 144-153-153, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/1677-2954.2020v19n2p268>. Acesso em: 04 jun. 2021.

⁵⁵ BERNARDO, Fernanda. Para além do Cosmopolitismo kantiano: Hospitalidade e “altermundialização” ou a Promessa da “nova Inter-nacional” democrática de Jacques Derrida. **Revista Portuguesa de Filosofia**, v. 61, p. 951–1005, 2005. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40338198>. Acesso em: 31 mai. 2021.

⁵⁶ Ibidem; Idem.

⁵⁷ SERVAN, Johannes. **The cosmopolitan rights of foreigners** – a phenomenological defense of cosmopolitan law. University of Bergen, Norway (PhD thesis), 2018. Disponível em: <https://bora.uib.no/bora-xmlui/bitstream/handle/1956/18210/Johannes%20Servan.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 mai. 2021.

a capacidade de publicamente negociar princípios reconhecidos para a vida compartilhada. É, nas palavras de Milstein, conceito de razão teórica empregada no serviço da razão prática, sobre como nossos pontos de vistas individuais afetam um ao outro no mundo real.⁵⁸

De acordo com Seyla Benhabib, o direito da hospitalidade, o qual é devido a todo ser humano, impõe sobre nós um dever moral de caráter imperfeito de ajudar e oferecer abrigo àqueles que estão em necessidade, isto é, cuja vida e bem-estar estão em perigo.⁵⁹

O legado do cosmopolitismo kantiano é a divisão e a possibilidade de transição de modelos de soberania, da tradicional concepção de Vestfália para a internacionalista liberal. Na primeira, os Estados caracterizam-se por serem iguais entre si e livres, em que possuem a autoridade final sobre todos os assuntos e objetos dentro de sua limitação territorial. Para a última, a igualdade formal dos Estados é cada vez mais dependente da subscrição a valores comuns, como os direitos humanos. Então, limita-se a soberania, não mais significando a autoridade última e irrestrita.⁶⁰

Habermas segue tal entendimento. Para a institucionalização do Direito Cosmopolita na atualidade é necessário a revisão de conceitos fundamentais da teoria kantiana. A federação livre de Estados precisa obrigar-se por meio da ameaça de sanções. Para além da mera associação de Estados, a pretensão deve ser pela união de indivíduos livres, que ultrapasse a coletividade, com a conquista da posição de sujeitos de direito individuais, “fundamentado para eles um pertencimento não mediado à associação dos cidadãos cosmopolitas livres e iguais”⁶¹.

É justamente essa a contribuição de Hannah Arendt para repensar a cidadania e o próprio cosmopolitismo jurídico, a partir da construção do seu conceito de “direito a ter direitos”. A sua análise é o que se segue.

1.3 A vertente moderna: Hannah Arendt e o “direito a ter direitos”

Na segunda metade do século XX, com o final da Segunda Guerra Mundial, e as descobertas dos crimes perpetrados pelo nazifascismo, notavelmente os direcionados às

⁵⁸ MILSTEIN, Brian. Kantian Cosmopolitanism beyond ‘Perpetual Peace’: *Commercium, Critique, and the Cosmopolitan Problematic*. *European Journal of Philosophy*, v. 21, n. 1, p. 118–143, 2013.

⁵⁹ BENHABIB, Seyla. *The rights of others: Aliens, Residents, and Citizens*. First edition ed. New York: Cambridge University Press, 2004, p.25-48.

⁶⁰ Idem, p. 40-41

⁶¹ HABERMAS, op cit, 2018, p. 306.

minorias judias, os países reuniram-se para a criação de um novo sistema internacional dos direitos humanos, com o intuito de impedir acontecimentos semelhantes.⁶²

Os esforços dos países resultaram, principalmente, na assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁶³ (1948) como normativa fundante do sistema do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e a criação da Organização das Nações Unidas⁶⁴ (ONU), como principal órgão da governança mundial dos direitos humanos.⁶⁵

Em matéria migratória, a DUDH⁶⁶ possui as seguintes disposições: a) supremacia da soberania estatal, que controla a admissão, retirada de indivíduos do seu território nacional, principalmente por órgãos do aparato burocrático estatal (art. 2º); b) o direito a toda pessoa de ter uma nacionalidade e não ser excluído arbitrariamente desta (art. 15), com a consequente vedação à apátrida c) o direito humano ao livre movimento interno (art. 13) e o de emigrar.⁶⁷

É nesse cenário, de otimismo com uma nova declaração de direitos, em que a pensadora política Hannah Arendt escreve, em 1951, no seu livro “Origens do Totalitarismo”, um capítulo com o título de “O declínio do Estado-nação e o fim dos direitos do homem”, em que se analisa os acontecimentos antes, durante e após o Holocausto sob a óptica da criação de massas de refugiados e apátridas e a consequente (inefetividade) da proteção aos seus direitos.

⁶² A outra tentativa de criação de um arcabouço jurídico de proteção às minorias em nível transnacional foi um fracasso. A Liga das Nações (1919-1946), proeminente no período entre guerras, foi responsável, segundo Hannah Arendt, pela formação de uma massa de minorias e apátridas. Esses grupos foram protegidos por tratados especiais celebrados pelos Estados sucessores. As razões históricas para a formação da ONU também são disputadas, com alguns autores afirmando que a influência da 2ª Guerra Mundial não foi tão grande assim.

⁶³ A partir daqui mencionada pela sigla DUDH.

⁶⁴ BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em: 12 mar. 2021.

⁶⁵ Embora não seja escopo deste trabalho, as discussões acerca das origens da DUDH são de importante reflexão. Para além da tradicional visão da origem eurocêntrica, dos debates ocorridos principalmente via o bloco europeu e norte-americano, temos que o desenvolvimento da DUDH e do próprio sistema internacional posterior teve nas participações dos países sul-americanos, notavelmente, o Brasil e o Chile, uma valiosa contribuição para os seus desdobramentos. A Declaração Universal dos Direitos e Deveres do Homem, assinada em Bogotá, exerceu grande influência na versão final da DUDH. Sobre o tema, ver: MAZOWER, Mark. The strange triumph of Human Rights (1933-1950). *The Historical Journal*, v.47, n.2, 2004, pp. 379-398; BRAGATO, F. F.; WILLIG, J. R. A (des)construção do direito internacional dos direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 39, p. 177-197, 2015; SIKKINK, Kathryn. *Evidence for hope: making human rights work in the 21st century*. Princeton: Princeton University Press, 2017.

⁶⁶ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível na Biblioteca Virtual das Nações Unidas: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 22 set 2020.

⁶⁷ Sobre o último tema, Joseph Carens mostra o paradoxo da positivação do direito à emigração sem o correspondente direito à imigração. Não há como desassociar um do outro. A emigração implica, logicamente, a imigração. Se assim não fosse, seria como se a pessoa ficasse presa em um limbo, transitando entre as fronteiras dos países. In: CARENS, Joseph. H. *The ethics of immigration*. New York: Oxford University Press, 2013.

Nesse ensaio, Arendt traça uma crítica aos direitos humanos, especialmente, na sua esfera política. Demonstra o paradoxo dos direitos humanos, supostamente inalienáveis e pertencentes a todo e cada ser humano, mas exequível apenas em determinada comunidade política, na condição de cidadão.⁶⁸

Nossa pensadora constata tal situação desde as declarações de direitos das Revoluções do século XVIII, que faziam menção a um ser humano “abstrato”, o qual não se encontrava em local algum, pois, como ironicamente afirma “até mesmo os selvagens vivam dentro de algum tipo de ordem social”⁶⁹. Essas também não conseguiram a proteção dos direitos humanos, pelo simples fato de que suas lutas se limitaram ao contexto nacional. Em suas palavras:

Se o ser humano perde o seu *status* político, deve, de acordo com as implicações dos direitos inatos e inalienáveis do homem, enquadrar-se exatamente na situação que a declaração desses direitos gerais previa. Na realidade, o que acontece é o oposto. Parece que o homem que nada mais é que um homem perde todas as qualidades que permitem aos outros tratá-lo como semelhante⁷⁰

Há a formação de um teorema no pensamento *arendtiano*, em razão de que, parte-se do pressuposto de serem os direitos humanos mais amplos e concebidos de forma independente que os fundamentais, isto é, aqueles garantidos em decorrência do pertencimento a uma determinada comunidade política e vinculação à uma Constituição. Portanto, o papel dos direitos humanos seria justamente a proteção daqueles que não pertencessem à tal comunidade. Contudo, o que aconteceu foi o contrário, quando os direitos fundamentais foram destruídos ou abolidos, os direitos humanos também o foram.⁷¹

Arendt, ao analisar o surgimento de massas de apátridas em decorrência das práticas de desnacionalização do nazifascismo, percebe a ocorrência de múltiplas perdas a essas pessoas: em primeiro, a perda de seu lar e toda a textura social que fazia parte dele, com a retirada de seu lugar único no mundo. Mas o que se torna im procedente na História não é apenas a perda

⁶⁸ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo e totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 369-412.

⁶⁹ Ibidem, p. 396.

⁷⁰ Afirma Arendt: “Os Direitos do Homem, afinal, haviam sido definidos como “inalienáveis” porque se supunha serem independentes de todos os governos; mas sucedia que, quando seres humanos deixavam de ter um governo próprio, não restava nenhuma autoridade para protegê-los e nenhuma instituição disposta a garanti-los”. In: ARENDT, op cit, 2013, p 397.

⁷¹ BALIBAR, Étienne. **Equaliberty**: political essays. Durham: Duke University Press, 2014, p. 165-185.

de um lar, mas a impossibilidade de encontrar um novo, pela razão da prática de não acolhida dos próprios países ditos defensores dos direitos humanos.⁷²

Em segundo, tem-se a perda de um governo, portanto, de uma comunidade política, pela qual os países anfitriões recusavam os pedidos de asilo em virtude daquilo que as pessoas inevitavelmente eram, ou seja, o pertencimento à determinada raça e/ou religião.

Por fim, e de forma mais importante para o seu pensamento, há a perda da própria humanidade, em que há a falta de qualquer tipo reconhecimento, criando-se uma massa de criaturas dispensáveis. Tem-se, dessa forma, o aparecimento de um grupo de seres humanos supérfluos, em que possui como característica comum a privação de toda a proteção pessoal jurídica, com a ameaça constante da sua eliminação.⁷³ Paralelamente, tal cenário só foi possível com o fracasso do conceito de nacionalidade e do Estado-nação.

É dentro desse ambiente de tripla perda em que se apresenta uma primeira tensão em seu pensamento: de um lado, há o comprometimento dos Estados democráticos à proteção de direitos universais inalienáveis e, de outro, a soberania nacional, que positivava as regras para o (não) pertencimento à comunidade política. Através da última, Arendt, argutamente, nota que os direitos não podem ser exercidos fora do Estado-nação.⁷⁴

Para Arendt, a localização dos direitos humanos em uma noção metafísica de um sujeito, ao mesmo tempo, soberano e autônomo fornece o principal papel para a concepção moderna. Desde então, estão permanentemente interligadas as noções, de um lado, do sujeito como possuidor de direitos inalienáveis, e, em contrapartida, o Estado-nação soberano que exerce seu poder em virtude da vontade geral do povo. Então, tem-se um paradoxo: embora os direitos humanos devam ser politicamente instituídos, tal instituição deve ser feita baseada em um princípio universal de humanidade.⁷⁵

Menke aponta que a crítica *arendtiana* está conectada a um entendimento alternativo dos direitos humanos – e não à sua negação - cujas premissas não estão baseadas em qualquer ideia da corrente do liberalismo ou do direito natural. O direito a ter direitos deve ser entendido

⁷² ARENDT, op cit, 2013, p. 369-412.

⁷³ Na contemporaneidade, podemos interpretar como a constante ameaça à deportação, prática crescente entre os países, principalmente os mais desenvolvidos economicamente. Sobre o tema, ver: GENOVA, Nicola. P. D. Migrant “Illegality” and Deportability in Everyday Life. **Annual Review of Anthropology**, v. 3, p. 419–447, 2002.

⁷⁴ BOHMAN, James. Citizens and persons: legal status and human rights in Hannah Arendt. In: GOLDONI, M.; MCCORKINDALE, C. (Orgs). **Hannah Arendt and the law**. Oxford; Portland, Or: Hart Publisher, 2012, p. 321-334.

⁷⁵ BIRMINGHAM, Peg. **Hannah Arendt & human rights: the predicament of common responsibility**. Bloomington: Indiana University Press, 2006, p. 36-53.

como uma tentativa de reformular o direito internacional para além do Estado-nação, em que não há apenas a perda do seu poder regulatório, mas o fato de que todos os seus habitantes não correspondem ao número de cidadãos que legislam sobre temáticas nacionais e internacionais.⁷⁶

O cosmopolitismo de Arendt reside nessa reclamação por reformulação das identidades políticas e a formação de novas formas de comunidade política que desafiem a autoridade do Estado-nação, através da vulnerabilidade comum dos homens, pela qual almeja-se o reconhecimento internacional de direitos até mesmo para quem não está vinculado a uma comunidade política.⁷⁷

Com isso, vincula-se o exercício da cidadania ao “direito a ter direitos”, em que o primeiro e único direito é o de pertencer a alguma forma de comunidade política minimamente organizada. É justamente este o único direito humano possível. Trata-se de algo que deve ser construído, por isso não é dado, inclusive no plano internacional.⁷⁸

Sobre o tema, Odílio Alves Aguiar afirma:

Nessa autora, direitos apontam para uma igualização jurídico-política e não apenas jurídico-formal, racial ou territorial. Arendt possui a convicção de que é a igualdade política, a pertença a uma comunidade organizada politicamente e a participação num mundo comum por meio do trabalho, da palavra e da ação que gerará concretamente a proteção e dará suporte real à dignidade humana. Não serão normas jurídicas ou direitos específicos formais que protegerão, de fato, as pessoas do ódio racial ou de classe, mas os vínculos concretos a que as pessoas têm acesso. Essa ideia tanto pode ajudar a fazer a crítica e apontar os limites dos direitos na tradição contratualista e nacional-soberanista quanto, também, do uso ideológico dos direitos humanos para justificar a guerra contra os não ocidentais. No interior dos atuais Estados de direito, os direitos esbarram na aporia da representação, na qual a cidadania é parcial e mitigada⁷⁹

No entanto, a teoria dos direitos de Arendt não se concebe como uma propriedade ou algo que possuímos, mas, uma capacidade para agir. É por isso que se vincula à concepção de

⁷⁶ MENKE, Christoph. The “Aporias of Human Rights” and the “One Human Right”: Regarding the Coherence of Hannah Arendt’s Argument. *Social Research*, v. 74, n. 3, p. 739–762, 2007. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40972123>. Acesso em: 05 jun. 2021.

⁷⁷ ISAAC, Jeffrey C. A New Guarantee on Earth: Hannah Arendt on Human Dignity and the Politics of Human Rights. *American Political Science Review*, v. 90, n. 1, p. 61–73, 1996.

⁷⁸ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 146-166.

⁷⁹ AGUIAR, Odílio. Alves. Hannah Arendt e o direito (parte ii): o outlaw e o direito a ter direitos. *Kriterion*, v. 60, p. 412, 2019.

política ou de ação, na qual, há uma aparição no espaço público⁸⁰, em que se cria relações entre as pessoas, e, inclusive, novas relações de poder.⁸¹

Sob esse prisma, o direito a ter direitos é lido como a capacidade de compor, mesmo diante de atos de violência, uma verdadeira esfera pública, pela qual, cada ser humano possui a capacidade da ação e do discurso, em que cada ser humano nascido transforma-se em um novo começo.⁸²

Para Seyla Benhabib, o direito a ter direitos se trata de uma alegação de cunho moral para a associação a determinada comunidade política. Implica que sejamos julgados não pelas nossas características decorrentes do nascimento, mas através do discurso e das ações empregadas.⁸³

A autora emprega o dever moral de pertencimento em um sentido kantiano⁸⁴, pois, relaciona-se com o conceito de imperativo categórico, já que trata dos seres humanos enquanto tais, o que leva à transcendência de todas as características e diferenciações culturais, linguísticas e religiosas. Nesse sentido, o direito a ter direitos transcende as contingências de nascimento que nos dividem, o que a faz propor um ideal cívico de comunidade política, ao invés de étnico, em que todas os habitantes são reconhecidos como sujeitos de direitos, tornando-se politicamente iguais.⁸⁵

⁸⁰ Bethania Assy afirma que a aparência deve ser definida como a estar na presença dos outros, em que se garante a realidade. A autora relembra que Arendt reforça a constituição da pluralidade, em que somos vistos e sentidos pelos outros. Conclui pela necessidade do cultivo de sentimentos públicos, na qual se molda uma existência cosmopolita, que é o resultado de levar em consideração diversos pontos de vista diferentes. Essa esfera pública não estaria desvinculada do político. In: ASSY, Bethania. A. A Moldura de uma Existência Cosmopolita: Cultivo de Sentimentos Públicos uma Leitura Arendtiana. **Revista Direito e Práxis**, v. 3, p. 53-72, 2012.

⁸¹ BIRMINGHAM, Peg. On action and the law. In: YEATMAN, A; HANSEN, P; ZOLKOS, M; BARBOUR, C (Orgs). **Action and appearance: ethics and the politics of writing in Hannah Arendt**. New York: Continuum, 2011, p. 103-117.

⁸² BARBOUR, Charles. Between politics and the law: Hannah Arendt and the subject of rights. In: GOLDONI, M.; MCCORKINDALE, C. (Orgs). **Hannah Arendt and the law**. Oxford; Portland, Or: Hart Publisher, 2012, p. 307-320.

⁸³ BENHABIB, S. op. cit, 2004, p. 49-69.

⁸⁴ James Ingram enumera três correntes diversas de interpretação do direito a ter direitos na contemporaneidade: a) liberal: liderada por Michael Walzer e Michael Ignatieff, concebem a tensão entre as alegações universais dos direitos humanos e o exercício da soberania estatal como insolúvel. Portanto, tenta repensar em formas políticas de ação, pela necessidade de intervenção das entidades políticas; b) neokantiana: liderada por Seyla Benhabib e Jürgen Habermas, é discutida com maior ênfase no presente trabalho. Os autores partem de uma concepção do Direito Cosmopolita, em que os direitos serão protegidos pela multiplicação de regimes jurídicos regionais e internacionais, por tornar direitos morais em jurídicos; d) democrática: cujo principal autor é Jacques Rancière, que defende a performatividade dos direitos, que são garantidos quando proclamados pelos sujeitos de direito. In: INGRAM, James. D. What Is a “Right to Have Rights”? Three Images of the Politics of Human Rights. **American Political Science Review**, v. 102, n. 4, p. 401-416, nov. 2008. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/american-political-science-review/article/abs/what-is-a-right-to-have-rights-three-images-of-the-politics-of-human-rights/01C1BC0781A097BE59136C74AFB752B8>. Acesso em: 06 jun. 2021.

⁸⁵ BENHABIB, op. Cit, 2004, p. 58-61.

Ao diferenciar o uso da palavra direito na primeira ou segunda posição da locução, esclarece:

O primeiro uso do termo “direito” na frase “direito a ter direitos” não mostra a mesma estrutura discursiva que o segundo: na primeira menção, a identidade do outro(s) para quem a alegação de ser reconhecido como uma pessoa sujeita de direitos é endereçada permanece em aberto e indeterminada. Perceba que para Arendt tal reconhecimento é primeiro e principalmente um ao “pertencimento”, o reconhecimento que uma pessoa pertence a alguma forma de comunidade humana organizada. O status de uma pessoa como sujeita de direitos é contingente sobre o reconhecimento do pertencimento. Quem deve dar ou retirar tal reconhecimento? Quem são os sujeitos da alegação que “devem ser reconhecidos como membros”? A resposta de Arendt é clara: a própria humanidade⁸⁶ (tradução nossa).

Em relação à gramática, Frank Michelman dissecou a locução em duas partes, o primeiro “direito” trata-se de um direito moral ideal à aquisição de algo, em que o segundo se figura como direitos objetivos (empíricos) encontrados na verdadeira prática social. Conclui o autor pela interpretação de ser um direito à inclusão política, cuja atenção deve estar voltada ao *status* jurídico de alguém dentro de determinada comunidade política.⁸⁷

Por sua vez, André Duarte inverte, corretamente, a argumentação moral – que não deve ser descartada, frise-se - de Benhabib para um fazer político. Assim sendo, o direito a ter direitos pode passar a ser compreendido como “o próprio princípio da cidadania”, em que se “afirma a potência política da demanda por direitos humanos universais a partir das próprias lutas políticas pela conquista do direito de cidadania, e de todos os demais direitos a ele vinculados”⁸⁸.

Essa é a interpretação que captura com maior felicidade o sentido contemporâneo da locução *arendtiana* e das lutas por direitos dos migrantes, ao se tratar de um vínculo real à cidadania, o direito de pertencer a uma comunidade politicamente organizada. Expõe-se o

⁸⁶ No original: “The first use of the term “right” in the phrase “the right to have rights” does not show the same discursive structure as its second use: in the first mention, the identity of the other(s) to whom the claim to be recognized as a rights-bearing person is addressed remains open and indeterminate. Note that for Arendt such recognition is first and foremost a recognition to “membership,” the recognition that one “belongs” to some organized human community. One’s status as a rights-bearing person is contingent upon the recognition of one’s membership. Who is to give or withhold such recognition? Who are the addressees of the claim that one “should be acknowledged as a member”? Arendt’s answer is clear: humanity itself. In: BENHABIB, op cit, 2004, p. 57-58.

⁸⁷ MICHELMAN, Frank. I. Parsing “a right to have rights”. *Constellations*, v. 3, n. 2, p. 200–208, out. 1996.

⁸⁸ DUARTE, André. M. Direito, a ter direitos como performatividade política: reler Arendt com Butler. *Caderno CRH (Online)*, v. 33, p. 1-17, 2020.

migrante como o conceito-limite do Estado-nação, mas que, simultaneamente, abre o espaço para uma renovação categorial necessária.⁸⁹ Para além de um mero argumento moral, o direito a ter direitos deve ressoar nas práticas políticas dos excluídos.

1.3.1 O evento da natalidade

Uma das questões negligenciadas pela literatura é a respeito da base normativa do “direito a ter direitos”. Ao analisar as revoluções do século XVIII, que basearam suas declarações em absolutos do direito natural, Arendt identifica o momento fundante da moderna democracia como sendo aquele da natalidade.⁹⁰ Esse conceito tem importância para a correta compreensão do termo.

O evento da natalidade é, segundo Peg Birmingham, ontológico, que se trata das condições para a existência humana. Possui uma atribuição dupla, pois se refere ao ato de nascer e à dimensão linguística, que são inseparáveis. Através desse último, os seres humanos se tornam políticos, em que podem performar o discurso em espaços públicos de ação. Vinculado à natalidade está o princípio da ação ou política, pela qual se forma a base afetiva da ligação entre indivíduo e cidadão.⁹¹ Para Arendt, o direito a ter direitos deve, assim, ser garantido pela própria humanidade.

A natalidade é a capacidade dos seres humanos, através da ação e do discurso, de iniciarem algo novo que não pode ser esperado ou igual a qualquer coisa que possa ter acontecido anteriormente. Portanto, atrelado ao ser humano está a ação, porque apenas através da inserção no mundo, ao falar e agir em conjunto com outros, os seres humanos são capazes de sair de sua existência natural e contestar a sua própria exclusão. De tal maneira que, ao contrário da busca incessante das modernas democracias por bases normativas anteriores e autorizativas, a própria ação política se torna a base normativa do “direito a ter direitos”⁹².

⁸⁹ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; NIELSSON, Joice Graciele. De Hannah Arendt a Judith Butler: em busca da humanidade perdida nas fronteiras do estado-nação. **PENSAR - REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**, v. 22, p. 301-334, 2017.

⁹⁰ ARENDT, Hannah. **Sobre a revolução**. 1ª reimp. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

⁹¹ Sobre a natalidade, ver: ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 12ª ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2014; BIRMINGHAM, Peg. The event of natality. In: BIRMINGHAM, P. **Hannah Arendt & human rights: the predicament of common responsibility**. Bloomington: Indiana University Press, 2006, p. 4-34.

⁹² Sobre o tema, cf: NÄSSTRÖM, Sofia. The Right to Have Rights: Democratic, Not Political. **Political Theory**, v. 42, n. 5, p. 543-568, out. 2014. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/24571508>, Acesso em: 08 jun.2021

Peg Birmingham esclarece:

Além disso, para Arendt, “aparicação” carrega a noção de discurso e ação significativas. Não é suficiente conceder a alguém um local de refúgio, ao invés, o princípio da pluralidade e sua inerente publicidade demandam que haja um espaço público onde esse alguém seja verdadeiramente visto e ouvido. Ao contrário, ela argumenta, uma pessoa é simplesmente um bobo ou idiota, alguém que fala ou age sem significado, que é apenas outro tipo de invisibilidade. Portanto, uma pessoa deve ser capaz de iniciar ação humana com outros (tradução nossa)⁹³.

Diante disso, a interpretação da expressão no sentido performativo de uma declaração⁹⁴ que gera novas proposições de igualdade e liberdade possibilita encontrar as respostas apropriadas para a pergunta sobre a sua base normativa. Ayten Gundogdu, em trabalho recentemente publicado, propõe que os direitos humanos devem sua autorização e universalização a práticas que reconfiguram as relações existentes entre os direitos, cidadania e humanidade ao propor novos entendimentos acerca da igualdade e da liberdade. São inovações políticas que podem constituir uma nova ordem, os quais estão em sempre na necessidade de práticas políticas de argumentação, demonstração e acordo.⁹⁵

Esse foi o significado que Arendt propôs quando mencionou a aporia dos direitos humanos: a própria condição da possibilidade para repensar, ressignificar e revitalizar conceitos de uma nova forma.⁹⁶ Dessa maneira, é possível escapar do círculo vicioso do discurso dos direitos humanos que, segundo Wendy Brown, se constitui de uma forma de proteção para os indivíduos que acabam trocando uma forma de sujeição por outra, pela forma de uma intervenção de um novo agente que substitui o abuso estatal.⁹⁷

⁹³ No original: *Moreover, for Arendt, “appearance” carries the notion of significant speech and action. It is not enough to give someone a place of refuge; instead, the principle of plurality and its inherent publicity demands that there be a public place where one is truly seen and heard. Otherwise, she argues, one is simply the fool or idiot, one who speaks or acts without significance, which is just another kind of invisibility. Moreover, one must be able to initiate human action in concert with others.* In: BIRMINGHAM, Peg, op cit, 2006, p.59.

⁹⁴ Declaração é, segundo Gundogdu, um ato discursivo revolucionário, que transforma tanto a organização da comunidade política como os termos da coexistência humana, em cuja estrutura os seres humanos têm capacidade de declarar os próprios direitos. In: GÜNDOĞDU, Ayten. **Rightlessness in an Age of Rights: Hannah Arendt and the contemporary struggles of migrants.** 1. ed. New York: Oxford University Press, 2015, p. 164-202.

⁹⁵ Ibidem; Idem

⁹⁶ GÜNDOĞDU, Ayten. ‘Perplexities of the rights of man’: Arendt on the aporias of human rights. **European Journal of Political Theory**, v. 11, n. 1, p. 4–24, 2012.

⁹⁷ BROWN, Wendy. “The Most We Can Hope For...”: Human Rights and the Politics of Fatalism. **South Atlantic Quarterly**, v. 103, n. 2–3, p. 451–463, 2004.

Monika Krause atualiza sua interpretação do pensamento *arendtiano* em relação aos migrantes indocumentados, que pode ser definido como o principal fenômeno em massa do século XXI. Em matéria trabalhista, por não poderem apelar às legislações, ao menos em termos jurídicos, são impotentes contra as formas mais severas de exploração. Sob a condição permanente da deportabilidade, não lhes é dada a oportunidade de fazer aparição pública como sujeito de direitos humanos.⁹⁸

A autora concorda com as interpretações de que Arendt enfatiza é a perda do *status* político. O “direito a ter direitos” não se trata, portanto, de um direito abstrato, mas uma afirmação baseada na pluralidade dos seres humanos. É a partir disso que se constata ser a aparição pública da pessoa deslocada como explosiva e potencialmente liberadora.⁹⁹

O que os migrantes, principalmente indocumentados, sofrem cotidianamente são aquilo que Marieke Borren denomina de política de invisibilidade pública e de visibilidade natural, as quais compõem os dois lados da cidadania. Aquele privado de sua personalidade jurídica é instado a não aparecer no espaço público, levando-o a uma situação de invisibilidade, fato este que o reduz à vida orgânica, portanto, desprotegido em sua esfera privada. A ação e discurso são politicamente relevantes apenas quando são visíveis para todos.¹⁰⁰

É em tais espaços públicos de aparição que ocorrem as políticas de reconhecimento dos migrantes, as que podem derivar suas contribuições do Direito Internacional Privado, que tem como função principal o gerenciamento de uma sociedade culturalmente complexa.

Embora seja pouco notado, ao analisar o “direito a ter direitos” como vínculo à cidadania, Hannah Arendt cita um caso de Direito Internacional Privado como exemplo que prova seu ponto: “de modo que, por exemplo, um cidadão alemão sob o regime nazista não poderia nem no exterior contrair um casamento racialmente misto devido às leis de Nurembergue”¹⁰¹.

⁹⁸ KRAUSE, Monika. Undocumented Migrants: An Arendtian Perspective. **European Journal of Political Theory**, v. 7, n. 3, p. 331–348, 2008.

⁹⁹ Idem

¹⁰⁰ BORREN, Marieke. Towards an Arendtian Politics of In/visibility. **Ethical Perspectives**, n. 2, p. 213–237, 2008.

¹⁰¹ ARENDT, Hannah. Op cit, 2013, p. 400

1.4) A vertente contemporânea: Seyla Benhabib e as “iterações democráticas”

1.4.1) A ética do discurso em Jürgen Habermas

Antes de discutirmos a concepção de “iterações democráticas” como modo de discurso e ação do “direito a ter direitos”, necessitamos ter uma breve noção da ética do discurso *habermasiana* e suas implicações para o pensamento de Seyla Benhabib. Além disso, prossegue-se à análise das duas principais posições contrárias ao cosmopolitismo jurídico, quais sejam, o comunitarismo e o escrito *Direito dos Povos*, de John Rawls, a partir dos quais serão demonstradas suas incompletudes e deficiências.

Uma das questões mais prementes para a efetividade dos direitos dos migrantes está no paradoxo da legitimidade democrática, pois se é verdade que as democracias liberais são formadas por redes de solidariedades em que os cidadãos são tanto objetos como autores das leis, isso não se traduz para a participação política dos migrantes.

Dessa forma, o paradoxo da legitimidade democrática trata do fato de que aqueles mais afetados pelas normas aplicadas a eles não participam da sua deliberação e positivação. As normas que os excluem não foram projetadas pelos próprios excluídos. Embora tal inclusão completa seja impossível, é possível repensar novas formas de articulação de titularidade a sujeitos de direitos.

Então, o desafio do cosmopolitismo mostra-se nas complexas tensões entre direito à cidadania, voz democrática e territorialidade. A limitação de aceitar o migrante como um membro da comunidade política desrespeita sua agência moral duplamente: por culpabilizá-los por ser uma categoria que não tem controle e pela rejeição de quem são.¹⁰²

Tais alegações morais, políticas e jurídicas podem ter sua validade inseridas dentro da ética do discurso, cuja premissa básica é que aquelas normas que alegam serem válidas devem possuir a aprovação de todos os envolvidos e afetados na sua capacidade como participantes de um discurso prático.¹⁰³

¹⁰² BENHABIB, Seyla. **Dignity in adversity**: human rights in troubled times. Cambridge, UK; Malden, MA: Polity, 2011, p. 138-165.

¹⁰³ *Ibidem*, *idem*

De acordo com Arash Abizadeh, na teoria democrática, a justificação da coerção deve ser estendida a todos sobre quem o poder é exercido. Portanto, não é possível controlar as fronteiras unilateralmente, pois são propriamente espaços de discursos de justificação dentro de regimes de coerção.¹⁰⁴

Para o conceito da ética comunicativa *habermasiana*, é de importância que os cidadãos consigam criar e manter uma ordem política autocríada que seja fundamentada nos direitos humanos, devido a ser apenas através dessa estrutura que é possível o usufruto e proteção de seus direitos. Nesse raciocínio está inscrito o atual paradoxo dos direitos humanos, qual seja: de um lado, os direitos humanos só podem adquirir a sua validade a partir de uma comunidade particular; de outro, sua pretensão de validade universalista só pode ser resgatada em uma comunidade cosmopolita que seja inclusiva, nos dizeres de Habermas.¹⁰⁵

No cosmopolitismo de Habermas é o indivíduo quem possui, nas palavras de Teixeira, a mudança conceitual mais significativa, em que passa a ser sujeito de direitos e responsabilidades, inclusive, com a possibilidade de defesa de seus direitos perante a ordem internacional. Essa transformação leva à superação das referências nacionais, de cidadania e território, em que se torna possível a inclusão daqueles indivíduos que não estão no debate público internacional.¹⁰⁶

Conclui Anderson Vichinkeski Teixeira¹⁰⁷:

Essa passagem do direito internacional para o direito cosmopolita deveria ocorrer a partir da afirmação moral da doutrina dos direitos humanos como universalmente válida e reconhecível por todos os povos. Todavia, o próprio Habermas reconhece que o fato de esta doutrina ter como pressuposto a secularização do poder político torna o diálogo intercultural ainda mais difícil, uma vez que a defesa de muitos dos direitos humanos pode parecer profana quando contrastada com as prescrições de determinada religião.

As formas empregadas de liberdade comunicativa, pautadas pela igualdade e inclusão do discurso, permitem o aparecimento na esfera pública dos migrantes como sujeitos de

¹⁰⁴ ABIZADEH, Arash. Democratic Theory and Border Coercion: No Right to Unilaterally Control Your Own Borders. *Political Theory*, v. 36, n. 1, p. 37–65, 2008.

¹⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa**: um ensaio. Trad. Denílson Luiz Weerle, Luiz Repa e Rúion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2012, p. 7-37.

¹⁰⁶ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria Pluriversalista do Direito Internacional**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. v. 1, p. 218-229.

¹⁰⁷ *Ibidem*, *idem*, p. 221.

direitos, em que realizam a própria reivindicação do “direito a ter direitos”. Trata-se de uma dupla demonstração de liberdade e igualdade. Conforme mencionado, a versão contemporânea do cosmopolitismo baseia-se, principalmente, na ética do discurso e nos princípios da democracia deliberativa.

Por essas razões que a democracia deliberativa se mostra o modelo mais hábil para a inclusão dos migrantes, em uma ordem política que equipara os discriminados e integra os marginalizados, sem a sua incorporação na uniformidade de um povo como comunidade política culturalmente homogênea. Nesse processo, a formação da vontade ocorre segundo modelos de discursos públicos que procuram a aceitabilidade a partir de interesses universalizados, como o são os direitos humanos. Dessa forma, a pessoa age de modo comunicativo.¹⁰⁸

De forma semelhante, a filósofa Iris Marion Young expande o conceito de ética comunicativa ao propor a existência de dois modelos de justiça: o agregativo e o deliberativo. O primeiro se configura pelo processo competitivo entre partes políticas que tentam satisfazer o maior número de pessoas possível, o qual não se distingue entre os motivos da preferência por cada escolha. O segundo, por sua vez, se trata de uma forma de razão prática. O oferecimento de soluções para determinadas demandas depende da apresentação de argumentos para a persuasão dos outros.¹⁰⁹

Para o alcance da melhor solução, empregam-se quatro procedimentos: a) inclusão: a decisão é apenas normativamente legítima se todos aqueles afetados por ela estão incluídos no processo de deliberação; b) igualdade política: a inclusão deve ser feita em termos iguais; c) razoabilidade: a obrigação de ouvir o outro com a intenção de chegar a um acordo; d) publicidade: formação pública da vontade com *accountability*.¹¹⁰

Young desenvolve um modelo de comunidade baseada na ética do discurso que enaltece as diferenças de cada grupo, definida por uma abertura à não assimilação do Outro. Essa política da diferença deve ser empreendida pelo fornecimento de representação política aos grupos combinada com a celebração das características distintivas desses.¹¹¹

¹⁰⁸ HABERMAS, J. A inclusão do outro. Op cit, 2018, p. 242-244.

¹⁰⁹ YOUNG, Iris Marion. **Inclusion and democracy**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2000. (Oxford political theory), p. 16-31.

¹¹⁰ Idem, ibidem

¹¹¹ YOUNG, Iris Marion. The Ideal of Community and the Politics of Difference. **Social Theory and Practice**, v. 12, n. 1, p. 1–26, 1986.

Contudo, a construção do cosmopolitismo *habermasiano* é insuficiente. Habermas lança as bases para a inclusão dos migrantes, mas a considera a partir de uma posição dos cidadãos, fato que, em tese, deixa os migrantes, especialmente os indocumentados, de fora da esfera da ação política no exercício do agir comunicativo.

1.4.2 As correntes críticas ao cosmopolitismo

1.4.2.1 O comunitarismo

Contrário às disposições do cosmopolitismo jurídico encontra-se, entre outros, o comunitarismo, que tem no filósofo Michael Walzer o seu principal expoente. Segundo o autor, cujas principais ideias constam no seu livro *Spheres of Justice*, de 1983, para o Estado-nação é normativamente válido e legítimo buscar o fechamento das suas fronteiras, com o direito de fazer suas próprias políticas de admissão e controle. A admissão é entendida, desse jeito, como eminentemente política, destituída de moral e justiça.

Walzer parte do pressuposto de ser o pertencimento um bem social primário que distribuimos uns aos outros. Contudo, é apenas nós, enquanto já membros de determinada comunidade que fazemos as escolhas da distribuição. Os argumentos sobre as políticas de admissão são moldados por quatro fatores: as condições políticas e econômicas do país anfitrião, atreladas às suas características gerais e o seu “destino”. Nesse diapasão, a associação política é um bem social que deve ser distribuído por razões internas.¹¹²

O grande problema com a imigração “irrestrita” é o controle populacional. Permite-se, diante desse cenário caótico, embora não recomendável e inefetivo, aos Estados-nações estabelecer direitos ao nascimento de forma diferenciada a cada grupo social, com o estabelecimento de quotas étnicas, por exemplo.¹¹³

O filósofo parte de três analogias em relação ao Estado-nação: como vizinhança, clube social e uma família. No tocante ao primeiro, Walzer diferencia-o no trato com o estranho, quem pode ser bem-vindo ou não. Não há o que se falar em admissão ou exclusão. Contudo, a

¹¹² WALZER, Michael. **Spheres of Justice**: A Defense of Pluralism and Equality. Basic Books, 1983, p. 31-35.

¹¹³ Ibid, idem, p. 34-35.

vizinhança pode ser aberta apenas enquanto o Estado-nação seja parcialmente fechado, com a seleção dos indivíduos que seriam futuros membros.¹¹⁴

Assim como o Estado-nação, os clubes sociais têm suas próprias políticas de admissão, as quais dependem das escolhas daqueles que já são membros. Por meio dessa analogia, o autor sugere a possibilidade de que, mesmo que os migrantes tenham boas razões, tanto éticas quanto jurídicas, para serem aceitos, essa decisão cabe soberanamente aos membros, de forma idêntica aos clubes sociais.

Essa analogia faz com que Walzer fique preso em sua própria argumentação. Pois, se as políticas de admissão são privadas de qualquer mando ético, essas podem ser discriminatórias e racistas, já que foram política e soberanamente tomadas pelo Estado-nação no processo de admissão do migrante. Portanto, a única resposta que Walzer fornece é que tais medidas seriam injustas, mas, parte-se do pressuposto que essas poderiam, em tese, ser tomadas.

Na construção cosmopolítica aqui analisada, tal argumentação não teria espaço. Se a admissão dos migrantes deve ser pautada pelo direito internacional dos direitos humanos, com a formação, inclusive, de tratados internacionais contra a discriminação de indivíduos, conclui-se que a exclusão de migrantes sob tais bases deve ser rejeitada, pois imbuída está de normas éticas e jurídicas.

Conforme o próprio nome do trabalho indica, Walzer pressupõe a existência de esferas de justiça, independentes entre si que atuam em relação a determinado bem social. Logo, analisamos até agora a relação entre a migração com a esfera das fronteiras. Entretanto, quando o migrante já se encontra inserido no seio do Estado-nação, o tratamento conferido a ele é distinto do primeiro, isto é, regido por outras normas, princípios¹¹⁵. Temos, dessa forma, duas esferas quando da associação política: a das fronteiras e a do interior do Estado.

A partir dessa distinção, uma vez que o migrante esteja inserido na sociedade, mesmo em situação de irregularidade administrativa, a violação/negação de seus direitos civis e sociais demonstra a usurpação dos princípios do pertencimento político que excedem as fronteiras da justiça. Através do qual, não há a possibilidade de aplicação de medidas de coerção e procedimentos administrativos discricionários. Dentro de seu pensamento, a garantia de direitos

¹¹⁴ Idem, p. 36-39.

¹¹⁵ GUIMARÃES, Feliciano. De Sá. O debate entre comunitaristas e cosmopolitas e as teorias de Relações Internacionais: Rawls como uma via média. **Contexto Internacional**, v. 30, n. 3, p. 571-614, 2008.

a indivíduos apenas quando acolhidos no Estado-nação faz sentido, porque, o bem social do pertencimento foi distribuído por aqueles que já eram cidadãos.

No entanto, a divisão da distribuição de bens sociais em esferas distintas e independentes parece-nos equivocada. Os Estados-nações modernos exercem suas políticas migratórias tanto no interior quanto nas fronteiras. A exemplo, têm-se a situação de perpetua deportabilidade que se encontra o migrante em situação de irregularidade administrativa. É impossível fazer uma real distinção entre a atuação das esferas da justiça, pois, reciprocamente se moldam, interconectam e sobrepõem.

Linda Bosniak critica a posição de Walzer, a qual denomina de estrita separação:

A teoria da estrita separação é geralmente menos rigorosa do que sua retórica parecia a requerer. Walzer, lembre-se, permite para consequências ao pertencimento serem visitadas, tanto direta quanto indiretamente, sobre migrantes residindo dentro da comunidade territorial. Similarmente, Fiss, Aleinikoff e Karst aceitam a imposição de certas deficiências sobre não-cidadãos. O reconhecimento do pertencimento ou cidadania igualitária para migrantes é insistida até certo ponto: exclusões políticas são unanimemente aceitas, e o direito do governo em deportar residentes que não sejam cidadãos, em algumas circunstâncias, é defendido ou tomado como um fato. A separação das normas de fronteiras de normas interiores universais que eles propõem, no final das contas, é parcial e incompleta (tradução nossa)¹¹⁶.

Bosniak identifica a contradição inerente nos argumentos dos comunitaristas, os quais alegam a coerção de diversas esferas da justiça especificamente para cada bem social, entretanto, essas estão sempre interconectadas, como nos casos de expulsão de residentes não cidadãos, em que há atuação das normas das fronteiras.

¹¹⁶ No original: “*The theory of strict separation is usually less stringent than its rhetoric would seem to require. Walzer, remember, allows for membership consequences to be visited, both directly and indirectly, upon aliens residing within the territorial community. Similarly, Fiss, Aleinikoff, and Karst each accept the imposition of certain disabilities on noncitizens. The recognition of membership or equal citizenship for aliens is insisted upon only to a point: political exclusions are uniformly accepted, and the government’s right to deport resident noncitizens in some circumstances is defended or taken as given. The separation of border norms from universalistic interior norms that they propound, in the end, is partial and incomplete*”. In: BOSNIAK, Linda. **The citizen and the alien: dilemmas of contemporary membership**. Princeton, N.J: Princeton University Press, 2006, p.143.

1.4.2.2 O Direito dos Povos, de John Rawls

Embora John Rawls tenha tratado do assunto da migração apenas em uma nota de rodapé na sua obra *O Direito dos Povos*, de 1993, o seu modelo de federação de Estados-nações regidos por princípios guiadores de um novo modelo de governança global, alargando a sua teoria da justiça proposta, principalmente, em obra de 1971 de mesmo nome, influencia aqueles que não defendem a posição cosmopolita, nacionalista ou comunitarista no tema migratório. Essa obra é sua mais sistemática e robusta produção acerca do Direito Internacional.

Rawls alarga sua concepção de posição original e véu da ignorância para uma escala global. Em um primeiro momento, a posição original é um modelo de representação para sociedades liberais, em que: 1) modela as partes como representando os cidadãos justamente; 2) como racionais; 3) seleção entre os princípios disponíveis; 4) as escolhas são feitas pelas razões apropriadas; 5) razões relacionadas aos interesses fundamentais dos cidadãos como razoáveis e racionais. Tal posição é deslocada para um segundo momento, com os mesmos termos que o primeiro. Os representantes racionais das sociedades liberais reúnem-se para especificar o Direito dos Povos.¹¹⁷

Para a decepção de muitos comentadores da obra de Rawls, esse não apresentou nenhuma variante cosmopolita na posição original, apenas reproduzindo a posição individual para a estatal, o que levou a certas inconsistências em seu pensamento. Existiriam, assim, raízes cosmopolitas no pensamento *rawlsiano* que não foram exploradas pelo autor.

A migração possui um papel periférico na teoria *rawlsiana*, pois não é fundamental para a constituição de sociedades liberais e tolerantes bem ordenadas. Os fluxos migratórios seriam meramente esporádicos e não essenciais para as vidas dos povos.

Semelhante à posição comunitarista, Rawls defende a possibilidade do Estado-nação de exercer a soberania de forma discricionária com o intuito de limitar a migração. Em suas palavras: “essa observação implica que um povo tem ao menos um direito qualificado para limitar a imigração. (...). Outra razão para limitar a imigração é para proteger a cultura política de um povo e seus princípios constitucionais” (tradução nossa).¹¹⁸

¹¹⁷ RAWLS, John. **The law of peoples with “the idea of public reason revisited”**. Cambridge; Massachussets: Harvard University Press, 1999, p. 37-42.

¹¹⁸ No original: “*This remark implies that a people has at least a qualified right to limit immigration. I leave aside here what these qualifications might be. (...) Another reason for limiting immigration is to protect a people's political culture and its constitutional principles.*” In: Idem; *Ibidem*, p. 39.

A observação a qual Rawls se refere está no corpo do texto da mesma página, em que não se admite a irresponsabilidade dos outros povos no cuidado de seus recursos naturais e seu território pelo domínio pela guerra ou pela migração, sem o consentimento dos outros povos sujeitos aos fluxos de pessoas.

Para Charles Beitz, o argumento de Rawls acerca do direito à limitação da migração é precário e genérico, porquanto, não contém a justificação legal e moral para tanto¹¹⁹. Dentro da ética do discurso e do diálogo das iterações democráticas, todas as limitações de admissão devem ser, no mínimo, justificadas, sob o risco de exercício de coerção e dano que seria, por si só, injustificável.

Nesse sentido, Rawls segue os ditames da tradição kantiana ao tornar o exercício da soberania dos povos condicionada ao respeito aos direitos humanos e princípios de não-beligerância. Contudo, enquanto Kant admite ser o indivíduo um agente moral para quem são devidas obrigações de justiça pelos Estados-nações, tais formulações estão ausentes no pensamento *rawlsiano*.¹²⁰

Ambas as posições se encontram em situação de incompletude quando comparadas com a ética do discurso dentro do cosmopolitismo jurídico, com a impossibilidade de fornecer solução satisfatória ao paradoxo da legitimidade democrática.

1.4.3) As iterações democráticas

Inserido no contexto contemporâneo – de desagregação do conceito unitário e tradicional da cidadania – está a análise da filósofa e jurista Seyla Benhabib. A partir de dois livros escritos na primeira década do século XXI, *The Right of the Others* (em tradução livre “O Direito dos Outros”, de 2004), e, *Another Cosmopolitanism* (em tradução livre “Outro Cosmopolitismo”, de 2008), a autora delinea os traços do cosmopolitismo jurídico para a contemporaneidade.

Para tanto, Benhabib desenvolve o conceito de “iterações democráticas” (*democratic iterations*) que se trata de uma atualização da ideia do “direito a ter direitos”. A autora parte de dois conceitos. O primeiro refere-se à iteração, desenvolvida principalmente por Jacques

¹¹⁹ BEITZ, Charles R. Rawls’s Law of Peoples. *Ethics*, v. 110, n. 4, p. 669–696, 2000.

¹²⁰ BENHABIB, Seyla. The Law of Peoples, Distributive Justice, and Migrations. *Fordham Law Review*, v. 72, n. 5, p. 1761–1787, 2004.

Derrida, para quem durante o processo de repetir um termo ou conceito, nós nunca simplesmente reproduzimos uma réplica do original e seu correspondente significado, porém, cada repetição é uma forma de variação de seu significado e sentido.¹²¹

Embora na linguagem não podemos dizer que exista uma posição original autorizativa, isto é possível em outras áreas, como o Direito, por exemplo. Desta feita, cada iteração pode referir-se a antecedente que é tomado como o oficial. Cada iteração dá um novo significado a esse antecedente em um novo contexto fluído e original. O antecedente é, nesse sentido, ressignificado e reposicionado, com o seu fortalecimento e transformação. Em linhas gerais, é a reapropriação do original.¹²²

Iterações democráticas são, portanto, diálogos morais e políticos pelos quais princípios e normas globais são reapropriados e reposicionados por constituições civis de todo tamanho. Em suas palavras:

O conjunto de processos complexos de argumentação pública, deliberações e trocas através das quais as alegações de direitos e princípios universais são contestados e contextualizados, invocados e revogados, através de instituições jurídicas e políticas, como também nas associações da sociedade civil (tradução nossa)¹²³

Continua a autora em *Another Cosmopolitanism*:

Iterações democráticas são repetições e transformações linguísticas, jurídicas, culturais e políticas, invocações que também são revogações. Não apenas alteram os entendimentos estabelecidos, mas também alteram qual é a válida ou predominante visão de um precedente autoritativo (tradução nossa)¹²⁴.

Com isso, é apenas quando novos grupos alegam a titularidade de direitos, isto é, que pertencem entre aqueles que os possuem, dos quais foram articulados originalmente com a sua

¹²¹ BENHABIB, Seyla. Democratic iterations. The local, the national, and the global. In: POST, Robert; BENHABIB, Seyla. **Another cosmopolitanism**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2006. (The Berkeley Tanner lectures), p. 47-48.

¹²² Idem, ibidem

¹²³ No original: *By democratic iterations I mean complex processes of public argument, deliberation, and exchange through which universalist rights claims and principles are contested and contextualized, invoked and revoked, posited and positioned, throughout legal and political institutions, as well as in the associations of civil society*. In: Benhabib, Seyla. *Op cit*, 2004, p. 193

¹²⁴ No original: *Democratic iterations are linguistic, legal, cultural and political repetitions-in-transformation, invocations that are also revocations. They not Only change established understandings but also transform what passes as the valid or established view of an authoritative precedent*. In: BENHABIB, Seyla. *Op cit*, 2008, p. 48.

exclusão que compreendemos a limitação fundamental por detrás de toda alegação de direito dentro de uma tradição constitucional.¹²⁵

As iterações podem ocorrer em diversos locais de produção normativa, como o Judiciário, o Legislativo, e o próprio Executivo. É possível também visualizá-las em atos não-estatais, como organizações da sociedade civil.

Nos dizeres de Julia Sichieri Moura, as iterações democráticas, que denomina de “interações”, ocorrem da seguinte maneira:

A interação democrática atua, por exemplo, quando o conteúdo das leis domésticas se altera em conformidade com princípios éticos universalistas, o que ocorre, na maior parte das vezes, na esfera dos direitos humanos e na consolidação dos mesmos nos ordenamentos normativos domésticos. Se, por um lado, a interação democrática viabiliza uma transformação do conteúdo legal e normativo das sociedades domésticas, por outro, estas possibilitam também que se modifique o alcance daqueles que estão sujeitos a tal ordenamento, conforme assinala Benhabib, que reforça que todo ato de auto-legislação também é um ato de auto-constituição.¹²⁶

Isso leva a uma dupla conclusão pela autora: a noção de iterações democráticas se vincula à determinação das fronteiras nacionais e daquele que está sujeito ao ordenamento jurídico vigente. O primeiro caso evidencia-se pela efetivação dos direitos humanos em textos constitucionais e, o segundo, pela abertura do conceito de cidadão aos migrantes.¹²⁷

Benhabib utiliza-se, além disso, do conceito de processos *jurisgenerativos* (*jurisgenerative politics*) para fundamentar o desenvolvimento das iterações democráticas. Por meio desses, um povo democrático, que se considera vinculado por certas normas e princípios guias, envolvem-se em atos iterativos que alteram a interpretação e significado desses, em que se mostram como autores das normas jurídicas.¹²⁸ Isso exige que a cidadania seja cosmopolitizada, com a extensão dos direitos aos não cidadãos que são residentes de uma determinada comunidade política.

¹²⁵ BENHABIB, *Op cit*, 2008, p.60

¹²⁶ MOURA, Júlia. Sichieri. Teoria crítica e a cosmopolitismo. Ser um cidadão do mundo: até que ponto podemos levar esta ideia? **Dissertatio (UFPEL)**, v. 8, p. 23, 2020.

¹²⁷ Ao mencionar migrantes de forma genérica, pressupomos que a autora inclua os indocumentados, sendo essa a leitura que fazemos das obras de Seyla Benhabib. In: *Ibid*, *idem*

¹²⁸ BENHABIB, Seyla. *Op cit*, 2008, p. 49.

Entretanto, ressalva-se que nem sempre os resultados de tais processos serão positivos, mas podem gerar o aumento do significado das alegações de direitos e no crescimento da autoridade democrática por indivíduos comuns.¹²⁹

Paralelamente, se as deliberações não forem feitas para a maior inclusão e participação igualitária daqueles cujos interesses são os mais afetados, ou se, não permitirem o questionamento da agenda convencional, então as iterações democráticas foram injustas, exclusionárias e ilegítimas. Tais processos ocorrem em comunidades de conversação entre os membros que Benhabib denomina de “comunidade demótica”, isto é, todos aqueles que são cidadãos formais e residentes em uma comunidade política, com a interação de outras comunidades mais fluídas e desestruturadas, como as organizações não-governamentais.¹³⁰

Por isso, conclui-se que, para Benhabib, é injusto que uma categoria específica de indivíduos (migrantes) seja sistematicamente tratada como inferior em relação a outras, tendo como base apenas a origem nacional. Não se trata apenas de conferir titularidade aos direitos dos migrantes, mas a criação das estruturas sociais através das quais o poder, recursos materiais e significados de tais direitos são gerados.¹³¹

As tensões entre o particular e o universal, como em alegações de direitos humanos, não refletem a necessidade de escolha de um ou de outro. As iterações são, segundo Lasse Thomassen, o próprio relacionamento entre aqueles, em que o universal é constituído através de circunstâncias particulares e por agentes também particulares¹³². E tal argumentação afasta toda a discussão do universalismo e relativismo dos direitos humanos, a qual se mostra opaca na atualidade. O *demos* quando legisla sobre a justificativa de seu próprio limite à luz de princípios universais está participando de processos iterativos. Isso se mostrou evidente no processo legislativo da Lei de Migração brasileira.

De acordo com Yara Frateschi, três são as principais críticas de Benhabib em relação à ética comunicativa de Habermas. Em primeiro, diante do princípio da universalização, o agente singular não seria capaz de alcançar a definição do juízo moral que seria aceito por todos. Em seguida, privilegia uma concepção de vida pública atrelada à concepção jurídica, o que aproxima Habermas de teorias liberais morais como a de John Rawls. Para além da concepção jurídica, a ética do discurso envolve questões de justiça e felicidade, em que a segunda se

¹²⁹ Idem

¹³⁰ BENHABIB, Seyla. The legitimacy of human rights. *Daedalus*, v. 137, n. 3, p. 94–104, 2008.

¹³¹ NASH, Kate. Between Citizenship and Human Rights. *Sociology*, v. 43, n. 6, p. 1067–1083, 2009.

¹³² THOMASSEN, Lasse. The Politics of Iterability: Benhabib, the Hijab, and Democratic Iterations. *Polity*, v. 43, n. 1, p. 128–149, 2011.

caracteriza por assuntos primordialmente privados, como redes de solidariedade. Os discursos devem ser pautados como processos de transformações dos próprios agentes. Por último, a ética comunicativa não deve desconsiderar as contingências e contextos que envolvem as próprias práticas discursivas. Isso se dá pela completa separação do “outro generalizado” e do “outro concreto”¹³³. É apenas pela sua consideração conjunta que é possível se chegar em uma ética comunicativa emancipatória. O primeiro se caracteriza por cada indivíduo considerado em si mesmo como portador dos mesmos direitos e deveres que queremos que sejam os nossos. Já o concreto se trata do indivíduo com uma história de vida e identidade própria.¹³⁴

Frateschi conclui que são dois os princípios da ética do discurso de Seyla Benhabib: a) princípio do respeito moral universal: todos os seres capazes de fala e ação são convidados a participar da conversação moral; b) princípio da reciprocidade igualitária: cada um dos participantes possui os mesmos direitos simétricos nos diversos atos que permeiam o discurso.¹³⁵ Esses princípios a aproximam da concepção de democracia deliberativa, na nossa opinião, de Iris Marion Young, conforme exposto acima.

Embora Benhabib foque os processos iterativos no contexto do direito comunitário europeu, para nós, há casos que exemplificam a sua aplicação em processos de reinterpretação e ressignificação da cidadania no contexto brasileiro¹³⁶. Entre os quais cita-se o Caderno de Propostas da Conferência Nacional sobre Migração e Refúgio¹³⁷, realizada no ano de 2014, por meio da interlocução entre os migrantes, a academia e a sociedade civil, na tentativa de reapropriar o exercício dos direitos dos migrantes, com a criação de estruturas sociais hábeis para tanto. Os próprios migrantes foram incluídos no exercício comunicativo de iterações democráticas, pelas quais direitos foram ressignificados. A COMIGRAR foi determinante para a positivação da nova Lei de Migração brasileira e a sua adequação aos tratados internacionais de direitos humanos.

Peguemos, a título exemplificativo, as disposições a respeito da liberdade de expressão e, principalmente, de associação que eram restritos na legislação anterior. Conforme Benhabib,

¹³³ Esses conceitos foram trabalhados por Benhabib em um trabalho anterior. Ver: BENHABIB, Seyla. *The Generalized and Concrete Other*. In: BENHABIB, Seyla. **Situating the Self: Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics**. Cambridge: Polity Press, 1992, p. 148-176.

¹³⁴ FRATESCHI, Yara. Universalismo interativo e mentalidade alargada em Seyla Benhabib: apropriação e crítica de Hannah Arendt. **Ethic@ (UFSC)**, v. 13, p. 363, 2014.

¹³⁵ Idem, *ibidem*

¹³⁶ É óbvio que uma das principais críticas que pode ser feita agora é a falta de cientificidade do trabalho, pois, melhor seria se fosse utilizado o método do Direito Comparado. Mas o fato é que o trabalho apenas se limitou a apontar às construções cosmopolitas na própria realidade nacional. Lembramos que não há norma mais cosmopolita que o artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

¹³⁷ O processo legislativo e as propostas da COMIGRAR serão analisadas com maior profundidade no capítulo 3.

esses não são meramente direitos políticos dos cidadãos, mas a própria legitimidade da ordem política a qual foram convencidos com boas razões a respeitar pelos indivíduos que vivem sob tal.

Nesse sentido, a proposta 13.2 afirmava que a nova legislação devia:

Assegurar o direito de participação social e política de migrantes e refugiados nos espaços e movimentos da sociedade, conforme legislação, convênios e outros protocolos oficiais, por meio da aceitação e facilitação do registro das associações de estrangeiros tornando-as juridicamente legais bem como criar mecanismos de estímulo à auto-organização e ao protagonismo apoiando a articulação em rede e/ou associações, assim como também promover a representação de tais organizações em fóruns, comissões, comitês, conselhos no sentido de dar voz as suas demandas e assegurar sua inclusão em processos decisórios a eles relacionados, e também promover a instituição de conselhos / comitês federais, estaduais e municipais, de natureza consultiva e deliberativa para políticas migratórias, podendo estar vinculados aos órgãos de assistência social e/ou direitos humanos, com representação equânime entre poder público e sociedade civil, ou ainda com representação ampla e majoritária das vagas para migrantes e refugiados e, obrigatoriamente, entidades sociais que atuam na temática, em todas as unidades da federação, para que demandas sejam acolhidas nas mais diversas esferas.

Tal recomendação foi acolhida na Lei de Migração, em importante avanço para a liberdade de associação dos migrantes, inclusive em sede sindical. O artigo 4º que dispõe acerca dos direitos da política migratória brasileira assegura o “direito de associação, inclusive sindical, para fins lícitos” (inciso VII).

As práticas comunicativas empregadas durante o processo legislativo mostram a capacidade de mobilização dos migrantes, através de políticas de inclusão e reconhecimento. A possível objeção de que essa ética discursiva não trouxe resultado é falsa: o que possui maior importância é o processo de deliberação em si, o qual demonstra que os conceitos, fronteiras e definições não são fixas; estão em constante contestação, abertos a novas interpretações.

2 O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NA CONTEMPORANEIDADE: CIDADANIA, SOBERANIA E DIREITOS HUMANOS

2.1 O gerenciamento das migrações transnacionais: tensões entre soberania e direitos humanos

Com a crise humanitária gerada nos dois pós-guerras, o sistema internacional remodelou as relações internacionais, pautadas desde então pela primazia dos direitos humanos. Nesse processo, o indivíduo passou a ser sujeito ativo de direitos e obrigações perante o Direito Internacional, ao invés de mero objeto passivo de regulação, com a possibilidade, até mesmo, em alguns casos, de pleitear demandas perante tribunais internacionais pela eventual violação aos seus direitos por terceiros ou Estados nacionais.¹³⁸

Os direitos que são cada vez mais reconhecidos internacionalmente desafiam a posição estadocêntrica duplamente: à agência exclusiva do Estado em legislar sobre temas globais e das próprias legislaturas políticas parlamentares domésticas.

O Direito Internacional parece desafiar o Estado-nação, também, ao legitimar e reconhecer fontes de autoridade dentro, acima e abaixo dele, perpassando as suas fronteiras impermeáveis. A jurisdição passa a ser assunto de direito individual, não um poder do Estado-

¹³⁸ Sobre o tema, ver: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Os indivíduos como sujeitos do direito internacional. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [S.l.], n. 12, p. 23-58, dez. 2012. ISSN 1677-1419. Disponível em: <https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/203>. Acesso em: 01 jul. 2021. A Corte Interamericana adota o mesmo posicionamento, de ser o indivíduo sujeito de direitos perante o Direito Internacional, pelo menos desde 2002. Na Opinião Consultiva 17/2002, o próprio juiz Antonio Augusto Cançade Trindade afirmou: “Portanto, o próprio Direito Internacional, ao reconhecer direitos inerentes a todos os seres humanos, desautorizou o arcaico dogma positivista que, em um modo autoritário, buscava reduzir tais direitos àqueles “concedidos” pelo Estado. O reconhecimento do indivíduo como sujeito de tanto o direito doméstico e internacional representa uma verdadeira revolução jurídica – a qual nós temos um dever de contribuir na busca para a prevalência de valores superiores – os quais vêm enfim fornecer um conteúdo ético para as normas tanto domésticas quanto internacionais. Essa transformação, própria do nosso tempo, corresponde, por sua vez, ao reconhecimento da necessidade de que todos os Estados sejam responsabilizados pelo modo que tratam todos os seres humanos que estão sob sua jurisdição, com o intuito de evitar novas violações de direitos humanos” (tradução nossa). No original: *Thus, International Law itself, in recognizing rights inherent to every human being, has disauthorized the archaic positivist dogma which, in an authoritarian way, intended to reduce such rights to those “conceded” by the State. The recognition of the individual as subject of both domestic law and international law, represents a true juridical revolution, - to which we have the duty to contribute in the search for the prevalence of superior values, - which comes at last to give an ethical content to the norms of both public domestic law and international law. This transformation, proper of our time, corresponds, in its turn, to the recognition of the necessity that all States are made answerable for the way they treat all human beings who are under their jurisdiction, so as to avoid new violations of human rights.* In: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. **Advisory opinion OC-17/2002 on the Juridical Condition and Human Rights of the Child**. 2002, p.91. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_ing.pdf. Acesso em: 05 jul. 2021.

nação conferido de forma anterior ao próprio Direito. Tal processo se inicia, dentre outros fatores, a partir do regionalismo desenvolvido pelo direito comunitário europeu.

As transformações ocorridas no direito europeu ressoam em outros locais no globo por causa de um fenômeno multifacetado que se iniciou em meados da década de 1980: a globalização, que nas suas esferas política, econômica e social tensionou as complexas relações entre soberania estatal e direitos humanos. A globalização se mostra pela compressão do espaço e tempo.¹³⁹

Através da globalização há o fenômeno de leve desacoplamento, em um ambiente fluido, entre territorialidade, cidadania e soberania, em que em um nível horizontal, o Estado-nação transfere seus próprios poderes de jurisdição, explícita ou implicitamente, a entes corporativos e privados não estatais¹⁴⁰, em consonância com o desenvolvimento do comércio internacional. As fronteiras não se apresentam como fixas ou estáticas.

O processo intensifica o acúmulo de capital com a alta mobilidade de bens e serviços, e o consequente aumento das desigualdades dos países, principalmente entre o Norte/Sul global¹⁴¹. Com isso, ocorre, desde a segunda metade da década de 1980, o aumento dos fluxos transnacionais de pessoas. Conforme salienta Saskia Sassen, as migrações cotidianas não são autônomas, mas o resultado de processos de exclusão social, em que se nota a existência de

¹³⁹ Sobre o tema, ver: GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolado**: o que a globalização está fazendo de nós. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2000.

¹⁴⁰ BENHABIB, Seyla. O declínio da soberania ou a emergência de normas cosmopolitanas? Repensando a cidadania em tempos voláteis. **Civitas - Revista de Ciências Sociais**, v. 12, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/11146>>. Acesso em: 1 jul. 2021.

¹⁴¹ Embora não seja o tema desse trabalho, é de grande valia a teoria da “migração como descolonização” proposta pela jurista Tendayi Achiume, cujo marco teórico é o denominado “Direito Internacional do Terceiro Mundo”, ou, na sigla em inglês, *TWIL*. Em linhas gerais, sustenta a autora que mesmo após a 2ª Grande Guerra não há um término das relações coloniais, em que o sucesso econômico dos países do “Primeiro Mundo” ainda está subordinado na exploração e dominação daqueles do “Terceiro Mundo”. Em termos migratórios, a Organização das Nações Unidas utiliza-se da terminologia de “migrantes econômicos”, que são aqueles que fazem um cálculo racional de custo e benefício para a decisão de migrar que não vincula o Estado anfitrião com o dever de admissão, diversamente, por exemplo, do refúgio. Contudo, a “escolha” pelo deslocamento, por diversas vezes, dá-se nesse contexto de exploração econômica e social feita pelos países do “Primeiro Mundo” que dura séculos. A sutil diferença que separa as classificações de grupos migratórios torna-se indistinta quando colocamos em perspectiva os efeitos da colonização e imperialismo europeu sofrida pelos países do “Terceiro Mundo”, localizados ao sul do globo. A tese da “migração como descolonização” demonstra possuir o teor normativo capaz para fundamentar uma reconfiguração do direito internacional e da própria soberania, a qual demonstra as interdependências entre as relações imperiais entre os países. Em consequência, há uma remodelação da soberania que fornece um forte argumento de caráter ético em que os países do “Primeiro Mundo” não têm o direito soberano de exclusão, com o dever de admissão dos migrantes, qualquer que seja a classificação jurídico-política. Sobre o tema, ver, entre outros: ACHIUME, E. Tendayi. Migration as decolonization. **Stanford Law Review**, v. 71, n. 6, p. 1509–1574, 2019; ANGHIE, Antony Imperialism, **Sovereignty and the making of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005; ANGHIE, Antony. The evolution of international law: Colonial and postcolonial realities. **Third World Quarterly**, v. 27, n. 5, p. 739–753, 2006.

locais estratégicos na economia global de dois regimes diferentes para a circulação de bens e de pessoas, no qual permite-se apenas o primeiro¹⁴².

A globalização, somada à crise econômica de 2008, gerou o crescimento das desigualdades sociais, e não a sua diminuição. Há um número cada vez menor de pessoas que fazem parte dos estratos mais ricos da sociedade, aproveitando-se das benesses geradas pela economia global, a qual é permitida em decorrência da desregulamentação dos mercados, em se pode, por exemplo, a especulação da dívida pública de países africanos por europeus.¹⁴³

O exercício da cidadania passa a ser visto como privilégio, concedida de acordo com o local de nascimento e o nível de riqueza do país. Existe uma clara distinção entre a cidadania garantida àqueles dos países mais desenvolvidos e os demais, a qual se permite o fluxo irrestrito de seres humanos apenas do primeiro grupo. Atrela-se o viés econômico à conquista da cidadania, pela possibilidade de compra desta por meio de investimentos no mercado de capitais, por exemplo.

A territorialidade tornou-se um local anacrônico e disfuncional de questões materiais e de identidades culturais, em um mundo que é possível que o indivíduo tenha múltiplas identidades, e, como resultado, diversas associações à cidadania. As identidades podem ser, aliás, conflitantes entre si, como a mulher que é muçulmana e feminista concomitantemente¹⁴⁴. Esses fatores demonstram a desagregação da cidadania, imbricada em múltiplas redes de conexão transnacionais, uma vez que a nacionalidade não é mais o único ou principal fonte de identidade individual.

Entrementes, esse processo deve ocasionar o gradual esgotamento da soberania do Estado-nação, o que torna necessária a reestruturação da ação política em escala transnacional. Porém se trata de um movimento duplo, pois ao mesmo tempo que há a erosão da soberania estatal, esta é reafirmada diariamente.

As práticas globalizantes, sobretudo na seara econômica, causam pânico moral na população local, que busca “inimigos” para culpá-los pela falência do modelo estatal atual¹⁴⁵.

¹⁴² SASSEN, Saskia. Regulating Immigration in a Global Age: A New Policy Landscape. *Parallax*, v. 11, n. 1, p. 35–45, 2005.

¹⁴³ CARVALHO RAMOS, André de. **A construção do direito internacional privado - heterogeneidade e coerência**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. v. 1, p. 335-373.

¹⁴⁴ Exemplo retirado de: ROSENFELD, Michael. Rethinking constitutional ordering in an era of legal and ideological pluralism. *International Journal of Constitutional Law*, v. 6, n. 3–4, p. 415–455, 7 jul. 2008.

¹⁴⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

E os migrantes são os alvos escolhidos no presente século, com a instituição de políticas de exclusão do exercício da cidadania.

Desde o começo dos anos 90 do século XX, os países desenvolvidos economicamente do Ocidente buscam o combate da “imigração ilegal”. As leis de regulação migratória tornaram-se os principais locais de afirmação da soberania nacional. Conforme Catherine Dauvergne, o conceito de “imigração ilegal” é uma criação jurídica, em que cada definição jurídica de categorização de migrantes leva a um aumento da própria “imigração ilegal”. Cria-se, nesse cenário, razões apropriadas ou não para a migração, pois, os meros migrantes econômicos, que estão em busca de uma melhor qualidade de vida, têm as suas justificativas não aceitas como válidas para o ato de migrar.¹⁴⁶

A tradicional visão que compõe o imaginário social dos migrantes “ilegais” é extremamente racializada. A comum descrição é de um indivíduo negro e pobre, o que gera uma redução do valor moral reconhecido ao ser humano.¹⁴⁷ A atribuição cria uma crescente criminalização e subjetivação dos migrantes, com a extensão do poder penal para os procedimentos administrativos migratórios.

As medidas adotadas elevam a situação de precariedade¹⁴⁸ dos migrantes que são sujeitos a redes de exploração, dominação e envolvem-se de forma ativa ou passiva em atividades criminosas, como o tráfico humano; exploração sexual; tráfico internacional de drogas; o uso de “coiotes” para promover o cruzamento das fronteiras, o que coloca em risco à vida e a integridade física dessa população.¹⁴⁹ Por isto, as políticas migratórias que são padronizadas e adotadas em escala global são incorretas para o gerenciamento dos fluxos migratórios, pois se tratam de um círculo vicioso: a etiqueta da imigração ilegal não tem o efeito

¹⁴⁶ DAUVERGNE, Catherine. **Making people illegal**: what globalization means for migration and law. Cambridge; Cambridge University Press, 2008, p. 9-28.

¹⁴⁷ Ibidem, idem

¹⁴⁸ Os termos precariedade e vulnerabilidade não são sinônimos entre si, mesmo que alguns autores dizem que precariedade seja espécie de vulnerabilidade. Para fins deste trabalho, adotamos o conceito de precariedade da filósofa Judith Butler. Para a teórica, a precariedade implica a vida entendida na sua forma social, no sentido de uma interdependência, em que a condução da vida pessoal se trata de um processo contínuo condicionado às mãos de alguém. Ou seja, sempre em dependência, desde o nascimento. Nesse sentido, implica uma nova ontologia social, que estabelece a (im)possibilidade das condições sociais de florescimento e persistência, inclusive de sobrevivência, em especial para determinados grupos sociais. Portanto, extrai-se a necessidade da construção universal de compromissos normativos de uma maior robustez do sistema de direitos. Ver: Butler, Judith. **Precairious Life: The Power of Mourning and Violence**. New York: Verso, 2004; Butler, Judith. **Frames of War: When is Life Grievable?** London and New York: Verso, 2009; PALI, Brunilda; KREMMEL, Katrin; PONTIN, Fabrício. Sem “direito a ter direitos”? Lendo os protestos de refugiados enquanto autonomia política. **Diálogo (UNILASALLE)**, v. 1, p. 133-142, 2018.

¹⁴⁹ SILVA, Alice. Rocha.; SANTOS, Cayo. César. Morais. Migração, segurança internacional e direitos humanos: os desafios a serem enfrentados e reflexões sobre a contribuição do direito administrativo global. **Universitas Jus**, v. 27, p. 97-114, 2016.

preventivo desejado, já que não obsta os fluxos, e, além disso, cria novas violações aos direitos humanos e maior vulnerabilidade social.

Em conjunto, pelo desenvolvimento tecnológico, são desenvolvidas novas formas de vigilância, com a extensão do policiamento e modalidades de gerenciamento das fronteiras. A explosão do controle social através do direito migratório escancara-se pela proliferação da importância conferida aos documentos dos migrantes, como o passaporte e vistos.¹⁵⁰

A relação entre autenticação e (in)existência dos documentos estrangeiros e controle migratório revela o potencial que existe para o desenvolvimento de um campo de pesquisa que envolva o Direito Internacional Privado para o gerenciamento das migrações transnacionais, como será exposto adiante.

As práticas de vigilância digital, entre as quais, a coleta de biometria, armazenamento de bancos de dados digitais, tornaram-se lugares comuns para aqueles que cruzam as fronteiras. Demais disso, há a expansão dos campos de detenção dos migrantes, que se assemelham a prisões. Mesmo que o direito à admissão de migrantes continue sendo uma das principais modalidades de asserção da soberania, esta é feita de maneira seletiva e discriminatória.

Os Estados-nações do norte global criam padrões de conduta para os (não) cidadãos do sul global, e os países destes respondem com o cumprimento das exigências dos primeiros, sob pena de marginalização frente à economia global.¹⁵¹ Tal fenômeno é denominado de “extraterritorialização da soberania”.

As tecnologias de policiamento e controle social são importadas para os países menos desenvolvidos. No Brasil, exemplos são inúmeros. No Aeroporto de Guarulhos, no estado de São Paulo, há o chamado “Espaço Conector”, sala após o desembarque, na qual os migrantes ficam confinados aguardando a autorização da regularidade da sua situação migratória. Por diversas vezes, os que pedem refúgio esperam neste local a concessão deste, em condições insalubres e precárias.

Juliet Stumpf foi a primeira a teorizar, em 2006, sobre a “crimigração”, recente campo de pesquisa descoberto. Ocorre, principalmente nas democracias liberais, uma propensão à crescente interconexão do Direito Criminal com o Migratório, a partir da aplicação de

¹⁵⁰ YUVAL-DAVIS, Nira; WEMYSS, Georgie; CASSIDY, Kathryn. **Bordering**. Cambridge, UK; Medford, MA: Polity, 2019.

¹⁵¹ AAS, Katja Franko. The ordered and the bordered Society: migration control, citizenship and the northern penal state. AAS, Katja Franko; BOSWORTH, Mary (Orgs.). **The borders of punishment: migration, citizenship, and social exclusion**. First edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2013, p. 21-39.

mecanismos de controle social penal sobre temas de mobilidade humana. Ao contrário da teoria penal tradicional, pela qual se busca, em tese, a reabilitação social do ofensor, essa convergência resulta, na maioria dos casos, em modalidades de expulsão do migrante, ou, casos de deportação em massa.¹⁵²

Entende-se a soberania tanto na sua natureza pública quanto privada. Em relação à primeira, rege-se por regras de jurisdição que definem os poderes da atuação dos soberanos. Possui duas fontes para a sua aplicação: a) territorial, em que cada Estado tem jurisdição para atuar sobre seu território, e; b) nacionalidade, baseada na identidade pessoal das partes.¹⁵³

Da esfera pública concebe-se o seu conceito para o Direito Internacional Privado, em que se baseia em preceitos semelhantes de territorialidade e nacionalidade¹⁵⁴, mas com diferentes interpretações do primeiro, como o conceito de domicílio e residência habitual. A jurisdição possui a mesma definição, qual seja, o poder ou direito de cada Estado de adjudicação.¹⁵⁵

Diante destas definições, adotamos a posição institucional dos sujeitos de deveres primário dos direitos humanos, mais notadamente, os Estados nacionais. Para essa corrente, os direitos humanos devem ser entendidos como relacionamentos normativos que correspondem a relacionamentos de jurisdição¹⁵⁶. Assim, os Estados possuem um padrão mínimo de tratamento dos sujeitos de direitos iguais que estão sob sua jurisdição, em caráter funcional.

A alteração de entendimento acerca dos sujeitos de deveres e obrigações de direitos humanos ocorre, gradualmente, primeiro pela instituição da União Europeia e da “comunitarização” do DIPr, cuja primeira tentativa de integração dá-se pelo Tratado de Roma, de 1958, que institui a integração econômica dos países do bloco europeu, com vistas à liberalização do mercado para o fluxo de capitais e, também, à mobilidade de trabalhadores

¹⁵² STUMPF, Juliet. P. The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power. **American University Law Review**, v. 56, n. 367, p.367-419, 2006.

¹⁵³ MILLS, Alex. Rethinking Jurisdiction in International Law. **British Yearbook of International Law**, v. 84, n. 1, p. 187–239, 2014.

¹⁵⁴ As normas de nacionalidade, embora tenham natureza pública, fazem parte do estudo do Direito Internacional Privado, ao menos perante o sistema jurídico brasileiro. São caracterizadas como normas diretas e unilaterais, pois buscam dar solução à questão jurídica e ao legislador é apenas conferida competência sobre a aplicação de suas próprias leis. Sobre a natureza das normas sobre o conflito de leis, ver: DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado: parte geral e processo internacional**. Rio de Janeiro: Forense, edição atualizada, capítulo VII.

¹⁵⁵ MILLS, Alex, Op cit...

¹⁵⁶ BESSON, Samantha. The bearers of human rights’ duties and responsibilities for human rights: a quiet (r)evolution? **Social Philosophy and Policy**, v. 32, n. 1, p. 244–268, 2015.

internos, no que se chama de cidadãos móveis, cujos primeiros tratados datam do final do século XX.

Por muito tempo, o DIPr teve uma forte posição estatista, em que se expressava pela atuação da soberania estatal. Essa posição demonstrava a não aceitação do Outro. A jurisdição, tal como aquela, é vista como a autoridade ilimitada de um soberano. Um dos exemplos dessa primazia reflete-se no pensamento de Pasquale Stanislao Mancini, jurista italiano do século XIX, responsável pela teoria da nacionalidade.

Para Mancini, a nação era o verdadeiro sujeito do Direito Internacional, em que o cidadão se caracterizava pela tríade cidade/nação/Estado. Nesse sentido, a cidadania e o princípio da nacionalidade são “duas faces da mesma moeda”, a qual influenciou a modelagem da cidadania europeia na modernidade, definida juridicamente enquanto pertença étnico-racial.¹⁵⁷

De acordo com Arno Dal Ri Jr, a cidadania projetada pelos Iluministas, especialmente Kant, teve a sua decadência com as teorias da nacionalidade, a qual reduziu aquela ao princípio dessa última. Essa transformação esvazia o conceito político¹⁵⁸ da cidadania, com a perda da universalidade, o que leva o autor a afirmar: “mesmo sendo um elemento necessário à participação política, a posse da cidadania (e dos direitos políticos), não pressupõe uma interpretação substancial do cidadão como membro da comunidade política”¹⁵⁹.

Especialmente no contexto brasileiro, a ordem constitucional pós-1988 deixou, nos dizeres de Naiara Posenato, uma “herança nacional-protecionista”, que impede o exercício de direitos pelos migrantes, levando-os à exclusão social. Conclui que qualquer teoria acerca do acesso à democracia deve, necessariamente, perpassar por escolhas éticas. Estas devem ser

¹⁵⁷ MOURA, Aline. Beltrame. O Direito Internacional Privado entre a Nacionalidade de Mancini e a Cidadania da União Europeia. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 7, p. 1058-1084, 2012.

¹⁵⁸ Não confundir o caráter político da cidadania com as políticas de pertencimento dos migrantes. A socióloga Nira Yuval-Davis, em um estudo de 2011 afirmou que, no século XXI, as políticas de pertencimento a determinada coletividade organizada são essencialmente políticas. A construção da comunidade, os limites de quem pertence ou não, a reconfiguração do outro como inimigo que deve ser combatido, inclusive através do controle social dos próprios cidadãos, é feito por um juízo eminentemente político, geralmente atribuído ao Poder Executivo. Esse raciocínio é válido para o contexto brasileiro, conforme demonstraremos. Ver: YUVAL-DAVIS, Nira. *The politics of belonging: intersectional contestations*. Londres: Sage, 2011.

¹⁵⁹ DAL RI Jr., Arno. Evolução Histórica e Fundamentos Políticos-Jurídicos da Cidadania. In: Arno Dal Ri Júnior; Odete Maria de Oliveira. (Org.). *Cidadania e Nacionalidade*. Efeitos e Perspectivas Nacionais, Regionais e Globais. 1ed.Ijuí: Unijuí, 2002, v. 1, p. 75.

públicas, que descentralizem o sujeito, fazendo-o visualizar a si próprio como importante parte de uma totalidade, o que torne possível a realização da sua verdadeira identidade.¹⁶⁰

Contudo, recentemente, há uma reviravolta hermenêutica, com a crescente aplicação de outros conectivos da territorialidade, em virtude da ineficácia da nacionalidade em um mundo globalizado. Assim, a Corte Europeia de Direitos Humanos adotou outros critérios para a resolução de conflitos, afastando a aplicação do conectivo da nacionalidade, em detrimento do domicílio e, mais recentemente, o da residência habitual.¹⁶¹

Existem também tentativas de alterações normativas a respeito do conceito de nacionalidade. A teoria da “loteria do direito ao nascimento”, criada por Ayelet Shachar, mostra-se capaz do desenvolvimento de uma estrutura normativa ética em lidar com os problemas da nacionalidade. Para a autora, os tradicionais critérios de natividade são insuficientes de alocar os direitos da cidadania de forma satisfatória em um mundo globalizado. Eticamente, o nascimento se trata de um mero acontecimento aleatório¹⁶², em que a sorte tem um papel de extrema importância:

Parece improvável que critérios de nascimento serviriam atualmente como os principais determinantes ao completo e igual direito ao pertencimento em um corpo político, dada a extensão em que foram rejeitados em vários domínios da vida. E, porém, a confiança sobre o acidente do nascimento está inscrita nas leis de todos os modernos Estados. De fato, a vasta maioria da população não tem outro modo de adquirir o pertencimento a não ser por circunstâncias do nascimento. Isso leva a conclusão de que a cidadania é um recurso valioso, que é atualmente assegurada sob um conjunto moralmente arbitrário de critérios. A quase causal aceitação da descrição como uma base para vincular pertencimento político é tão prevalente que tendemos tomá-la como algo certo¹⁶³ (tradução nossa).

¹⁶⁰ POSENATO, Naiara. A Evolução Histórico-Constitucional da Nacionalidade no Brasil. In: Arno Dal Ri Júnior; Odete Maria de Oliveira. (Org.). **Cidadania e Nacionalidade**. Efeitos e Perspectivas Nacionais Regionais Globais. 1.ed. Ijuí: Unijuí, 2002, v., p. 211-245.

¹⁶¹ MOURA, Aline. Beltrame. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. **Cuadernos ASADIP- Jóvenes Investigadores**, v. 1, p. 13-30, 2015.

¹⁶² Esta é a posição de outros autores como a própria Hannah Arendt e Celso Lafer.

¹⁶³ No original: “*It seems unlikely that circumstances of birth would serve today as the core determinants of entitlement to full and equal membership in the citizenry body, given the extent to which it has been rejected in so many other domains of public life. And yet, reliance upon the accident of birth is inscribed in the laws of all modern states and applied everywhere. In fact, the vast majority of the global population has no way to acquire membership except by circumstances of birth. To the extent that citizenship is a valuable resource, it is currently secured on the basis of a morally arbitrary set of criteria. (...) The almost casual acceptance of ascription as a basis for assigning political membership is so prevalent that we tend to simply take it for granted.*”. In: SHACHAR, Ayelet. **The birthright lottery**. London: Harvard University Press. 2009, p. 04.

As tradicionais formas de concessão à cidadania, pela consanguinidade (*jus sanguinis*) e pelo território (*jus soli*) são incompatíveis com a inclusão democrática dos migrantes¹⁶⁴. Shachar cria um vínculo o *jus nexi*, que implica em uma conexão real e efetiva na comunidade que reside, prezando pelo desenvolvimento de laços sociais e comunitários, com a possibilidade da formação de múltiplas filiações de cidadania.¹⁶⁵

Etienne Pataut, em estudo comparado acerca da efetividade da nacionalidade no contexto europeu, princípio unanimemente presente no direito da nacionalidade, conclui pela necessidade da admissão de outros critérios para a garantia dos direitos subjetivos dos indivíduos, para que seja possível a proteção da identidade e o estatuto jurídico da pessoa. E de uma forma paradoxal, na efetividade pode estar a chave para o fortalecimento dos direitos dos indivíduos, onde se mostre a conexão entre o indivíduo e determinado Estado que possa levar ao questionamento da privação da nacionalidade¹⁶⁶. Parece-nos que as duas ideias conversam entre si, mesmo que por vias distintas.

Assim, parece-nos inadequada a vinculação da nacionalidade a atributo exclusivo do direito interno, especialmente em um mundo economicamente desigual, em que o mero nascimento em determinado país pode representar a criação ou não do desenvolvimento de possíveis formas de vida.

De um ponto de vista ético-jurídico, a crescente inutilização do conectivo da nacionalidade no século XXI é a mais acertada, a qual previne a ocorrência de injustiças em virtude de fatores que não são controlados pela agência dos indivíduos.

Paralelamente, pelo direito comunitário europeu, o Estado-nação, embora ainda a principal fonte normativa atualmente, inclusive no Direito Internacional Privado, passou a conviver com outros atores, estatais e não-estatais, com a sobreposição de jurisdições complementares e concorrentes entre si. Há um impulso em direção à “desnacionalização do Direito¹⁶⁷”.

¹⁶⁴ A autora utiliza-se de dois exemplos para sustentar a sua tese. O primeiro caso decorre da inclusão em excesso (*overinclusion*) em que um indivíduo nascido em país diverso dos pais emigrantes, nunca lá residiu ou teve qualquer tipo de laço, mas, na hipótese em que a lei da nacionalidade dos pais adota o critério *jus sanguinis*, o filho/filha teria a nacionalidade dos pais. O segundo caso, de falta de inclusão (*underinclusion*) é o caso dos migrantes irregulares, que, geralmente, residem por vários anos ininterruptos em determinado país, gerando laços com a sua comunidade, mas nunca sendo formalmente incluído e estando sempre à mercê de juízos de exclusão.

¹⁶⁵ SHACHAR, Op cit, 2009.

¹⁶⁶ PATAUT, Étienne. Contrôle de l'État ou protection de l'individu? Remarques sur l'effectivité de la nationalité: **Revue critique de droit international privé**, v. N° 4, n. 4, p. 747–771, 23 mar. 2022.

¹⁶⁷ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. Desnacionalizando o Direito Internacional Privado – Um Direito Com Múltiplos Julgadores e Implementadores. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir**.

O pluralismo jurídico, que se constitui globalmente na contemporaneidade, consiste em espaços híbridos, onde mais de um regime jurídico, ou quase isso, ocupa o mesmo campo social. Para além do mero conflito entre regimes jurídicos, os estudiosos passaram a atentar-se acerca de como esses constituem-se mutualmente, com a interconexão entre regimes estatais e não estatais¹⁶⁸. Por exemplo, as leis a respeito da família são editadas pelo Estado, mas esse também é formado pela própria família, pois ambos fazem parte de cada um.¹⁶⁹

O atual pluralismo global, nas palavras de Gunther Teubner, desenvolve-se a partir das periferias sociais, de redes de contato com outros sistemas sociais, e não no centro de instituições do Estado-nação e do sistema internacional. Há, desse modo, uma transformação da sociologia jurídica clássica: conceitos como norma, sanção e controle social são substituídas por outros, vindos de controvérsias contemporâneas, como codificação, reconhecimento etc.¹⁷⁰

Inclusive, o sistema internacional desenvolveu obrigações em relação aos Estados que dizem respeito ao tratamento de todos os seres humanos, independentemente da sua situação migratória, através da proliferação de diversos tratados multilaterais, bilaterais, aliás, de caráter regional. Portanto, uma constante em tais processos é a sobreposição de jurisdições e de ordenamentos jurídicos entre si.

Entretanto, esses tratados possuem baixa efetividade concreta, pois a reivindicação de direitos humanos pressupõe o contato do migrante com as autoridades estatais de alguma forma. Aquele, por vezes em situação de irregularidade administrativa, se encontra em posição de permanente “expulsabilidade”. É mais uma demonstração de ser o migrante a figura apodítica da aporia dos direitos humanos: a efetividade de direitos universais de aplicação imediata e a sua sistemática violação para determinado grupo de seres humanos.

Em um interessante estudo, Gregor Noll articula que os migrantes indocumentados possuem uma restrita efetividade de seus direitos em razão do próprio sistema econômico. Ao

/UFRGS, Porto Alegre, v. 15, n. 1, ago. 2020. ISSN 2317-8558. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/106457>. Acesso em: 12 maio 2021

¹⁶⁸ BERMAN, Paul Schiff. Global Legal Pluralism. **Southern California Law Review**, v. 80, p. 1155–1238, 2007.

¹⁶⁹ Yuko Nishitani alerta ao fato de que as relações familiares são construídas entre diferentes instituições jurídicas. A teoria de Savigny que aponta a aplicação do Direito que tem a conexão mais próxima com relacionamento jurídico é insuficiente, pois, o indivíduo possui diversas identidades individuais e vínculos. Além do mais, os tradicionais conectivos objetivos também não são úteis para os fluxos migratórios, pois, uma vez que o migrante ainda tem vínculos sociais com o país de origem, a aplicação da lei do domicílio ou da residência habitual não é recomendável. Outrossim, a nacionalidade pode ser a melhor opção. Para superar tais incongruências, a autora propõe a utilização do conectivo subjetivo, autorizando, assim, a autonomia das partes para a escolha da lei aplicável em assuntos familiares, e que gere a acomodação cultural e receptividade aos migrantes. Ver: NISHITANI, Yuko. Global Citizens and Family Relations. **Erasmus Law Review**, v. 3, p. 134–146, 2014.

¹⁷⁰ TEUBNER, Gunther. **Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society**. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=896478. Acesso em: 02 jul. 2021.

migrante indocumentado, que também é o trabalhador, reconhece-se a justiciabilidade de seus direitos apenas ao domínio dos trabalhistas, e não dos demais, portanto, sem relação com a polis.¹⁷¹ A jurisdição é mitigada para a atuação em apenas uma seara de direitos individuais e sociais.

Em nível europeu, a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos estatui no seu artigo 6 (1) sobre a jurisdição:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela¹⁷²

James Fawcett, em estudo referente às cortes britânicas, enfatiza que o artigo 6 (1) teve pouco impacto devido a certa ojeriza à conjunção dos direitos humanos: a) pelo conflito entre direitos humanos e os tradicionais princípios do DIPr, que leva aos tribunais argumentarem acerca da fundamentação deste ao invés daqueles; b) as preocupações por direitos humanos são superadas por outras, como a prevalência de ditames internacionais (imunidade Estatal), a busca pelos objetivos das diretrizes de Bruxelas, e a dificuldade dos aplicadores em se atualizarem acerca da complexidade do sistema internacional dos direitos humanos conjugada com a não visualização da importância dos direitos humanos para o DIPr.¹⁷³

Para superar a baixa efetividade da aplicação do artigo, propõe uma nova abordagem, a qual seria híbrida: uma aplicação conjunta dos direitos humanos com o DIPr. Em uma primeira instância, a primazia seria pela aplicação do direito internacional dos direitos humanos, que reconheceria eventual violação do artigo 6(1) pelos tribunais britânicos. Após, a aplicação seria dos princípios do DIPr, como o de ordem pública, que possibilitaria a resolução do problema de direitos humanos que fora encontrado.¹⁷⁴

¹⁷¹ NOLL, Gregor. Why Human Rights Fail to Protect Undocumented Migrants. **European Journal of Migration and Law**, v. 12, n. 2, p. 241–272, 2010.

¹⁷² UNIÃO EUROPEIA (EU). **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, p.9. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 05 jul. 2021.

¹⁷³ FAWCETT, James J. The Impact of Article 6(1) of the Echr on Private International Law. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 56, n. 1, p. 1–48, 2007.

¹⁷⁴ Idem, ibidem

Em relação à América do Sul, o Pacto de San José da Costa Rica, de 1968, do qual o Brasil é signatário desde 1992, disciplina de forma semelhante que:

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízos ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando nos exercícios de suas funções oficiais¹⁷⁵.

Com a reatualização da jurisdição como questão de direito individual vislumbra-se a possibilidade da formação de uma verdadeira soberania cosmopolita, em que a cidadania é exercida sob outras bases além da nacionalidade. Nessa estrutura, afasta-se a atuação da soberania solitária, abertamente excludente, para o fomento ao diálogo, acolhimento e interdependência, em direção a uma soberania solidária.¹⁷⁶

2.2 O Direito Internacional Privado e a ética da migração: o acolhimento ao Outro

2.2.1 O Direito da Tolerância

De acordo com Werner Goldschmidt, ainda no século XX, o Direito Internacional Privado (DIPr) é a disciplina da tolerância, autorizando, inclusive, a nomenclatura de direito da tolerância. A quantidade de estudos acerca da tolerância é volumosa, o que nos impede de cobri-la por inteiro, mas, acreditamos na possibilidade de demonstrar seu núcleo e principais questões e limitações para a disciplina.

A posição de Ira Katznelson parece a mais adequada para uma ética da tolerância: alerta o autor para o perigo de confundir a tolerância com a simples abstenção de determinado ato. É uma decisão deliberada da vontade daqueles que detém o poder de permitir que grupos não

¹⁷⁵ BRASIL. Decreto No 678, de 6 de novembro 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm, Acesso em: 05 jul. 2021.

¹⁷⁶ DELMAS-MARTY. Mireille. De la souveraineté solitaire à la souveraineté solidaire. **Collegium International**. Disponível em: <http://www.collegium-international.org/index.php/fr/contributions/229-de-la-souverainete-solitaire-a-la-souverainete-solidaire>. Acesso em: 02 mai. 2021.

desejados, práticas e crenças persistam na comunidade política. Entre esses estão os juízes e advogados. A sua função seria reduzir o medo e a insegurança.¹⁷⁷

Segundo Katznelson¹⁷⁸, a tolerância abarca uma relação tripartite entre as autoridades públicas que gerenciam as relações sociais ao mesmo tempo que moldam as instituições e resolvem conflitos entre a maioria e a suposta minoria não desejada. É possível a acomodação em cinco áreas: a) a questão da presença física; b) questão do policiamento e da segurança física; c) a possibilidade de oportunidades econômicas; d) expressão cultural autônoma; e) características e nível da associação cívica.

No mesmo sentido, para Brian Leiter, quando há indiferença não há o que se falar em tolerância. Existem princípios éticos que tornam a tolerância uma virtude. Desta feita, para o autor, há tal virtude quando um grupo majoritário (dominante) ativamente desaprova as crenças de outro grupo (desfavorecido), em que aquele tem os meios à disposição para modificar ou acabar com as crenças do segundo, mas ainda reconhece que existem razões morais para não o fazer.¹⁷⁹

A posição abre o paradoxo da contemporaneidade, em que a própria ideologia da tolerância possibilita a emergência de comportamentos contrários à própria. Contudo, somente em regimes democráticos institucionaliza-se regras de tolerância como instrumento de proteção a direitos fundamentais.¹⁸⁰

O que nos leva a constatar o fato de que os Estados nacionais – e, no nosso caso, o brasileiro – não são eticamente neutros¹⁸¹. Por exemplo, quando o caput do art. 5º da CF/88 declara que “todos são iguais perante a Lei...” e, que, no seu inciso VI: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença”, é premente a necessidade de uma ética da tolerância, pela qual, permita-se a consciência de crença de uma minoria em detrimento do bem-estar da maioria.

Entretanto, Ralf Michaels, Karen Knop e Annelise Riles alertam para que a tolerância possa ser limitada, de um tipo único: o foro pode deferir para outro sistema normativo valorativo

¹⁷⁷ KATZNELSON, Ira. A form of liberty and indulgence. In: STEPAN, Alfred; TAYLOR, Charles. **Boundaries of Toleration**. New York: Columbia University Press, p. 38-60

¹⁷⁸ Ibidem

¹⁷⁹ LEITER, Brian. **Why tolerate religion?** Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 6-25.

¹⁸⁰ PEREIRA, Caleb Salomão; Adeodato, João Maurício. Ética da tolerância e seus inimigos: imprecisão conceitual de pluralismo, permissivismo e relativismo como obstáculo a seus próprios ideais. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 17, p. 13-41, 2019.

¹⁸¹ Talvez essa seja uma das grandes questões para o Direito Internacional Privado na contemporaneidade, enquanto disciplina que se mostra neutra e asséptica: os conflitos que busca transformar não são eticamente neutros. Por isso o presente trabalho busca identificar o enlace entre a disciplina e os direitos humanos.

mesmo que o tema seja de extrema importância para a própria comunidade política.¹⁸² Conclui-se, portanto, que a tolerância é incompleta, pois pode levar a um simples aceno a um sistema normativo diversos, mesmo em situações de importância para o foro.

2.2.2 A condição jurídica do estrangeiro e os direitos humanos

O Brasil é um dos sistemas legais que para além das metodologias clássicas e técnicas do Direito Internacional Privado (DIPr), como o conflito de leis, a lei aplicável, o reconhecimento da sentença estrangeira, engloba, em certa medida, o estudo do Direito Migratório.

Nas palavras de Raphael Carvalho de Vasconcelos, o estudo do DIPr inclui:

O conjunto de direitos conferidos ao estrangeiro pela ordem jurídica de um território constitui para o direito internacional privado a chamada condição jurídica do estrangeiro. Seu estudo compreende, em regra, a regulamentação da admissão do nacional de outro estado, os direitos que lhe são conferidos uma vez admitidos e os fatores e procedimentos relacionados à sua saída compulsória.¹⁸³

Com o Estado-nação enfraquecido por múltiplas fontes de autoridade, espera-se ser o Direito o funil para o preenchimento dos vazios na governança global das migrações, ou por meio da afirmação da psique coletiva quando confrontados com efeitos sistêmicos de fronteiras porosas.

E, conforme exposto na seção anterior, nessa dinâmica, há, desde a Segunda Guerra Mundial, uma intensificação dos fluxos migratórios transnacionais, o que acarreta sérios desafios para o DIPr, que deve propor respostas em escalas globais para tais temáticas. Isso demonstra a necessidade de repensar seus institutos clássicos e de expandir seu objeto.

¹⁸² KNOP, Karen; MICHAELS, Ralf; RILES, Annelise. From Multiculturalism to Technique: Feminism, Culture and the Conflict of Laws Style. *Stanford Law Review*, v. 64, p. 589–656, 2012.

¹⁸³ VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. **Direito internacional privado, a proteção do ser humano e a falácia do ineditismo constitucionalista e tratadista**. 2014, p. 214-215 Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

Os novos fluxos migratórios que reúnem diversas categorias político-jurídicas em sua versão tradicional (embora criticada neste trabalho), tais como a do migrante econômico, do asilado, refugiado, apátrida, demonstram a falência da dicotomia da lei da nacionalidade e do domicílio, inclusive na legislação brasileira, que é anacrônica e desatualizada, precisando de uma nova versão, atinente aos temas do direito internacional privado do século XXI.¹⁸⁴

Sendo assim, a tradicional posição pautada na soberania estatal não pode prevalecer no atual contexto mundial. É necessário reatualizar formas de acolhimento do Outro, em um interior em que se possa ser aceito por sua própria cultura, códigos, que pode ser distinta da sociedade majoritária, mas, mesmo assim, que permita o uso do próprio idioma, costumes e ordens normativas. Questões como os direitos adquiridos, validade de matrimônios, reconhecimento de atos jurídicos e sentenças estrangeiras¹⁸⁵, entre outros, devem ser pautados por uma ética da alteridade.

A essência do DIPr é o gerenciamento de sociedades culturalmente heterogêneas, em que há o fluxo transnacional de pessoas e bens, portanto, conectado ao seu conceito está a noção de normas jurídicas provenientes de mais de uma comunidade política. Entretanto, na Modernidade, para além de uma mera disciplina técnica que regula as questões de conflitos de leis, o DIPr possui como objeto temas verdadeiramente cosmopolitas em sua constituição.

Esse é o conceito de André de Carvalho Ramos, para quem o DIPr: “estuda as normas jurídicas que visam à regulação – tanto normativa quanto de julgamento e implementação de decisões – de fatos sociais que se relacionam com mais de uma comunidade humana¹⁸⁶”.

¹⁸⁴ RAMOS, André. de Carvalho. Estatuto pessoal no Direito Internacional Privado: evolução e perspectivas no Brasil. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 110, 451-47, 2016. *In verbis*: “Esse cisma parte da premissa de que uma das duas opções (lei da nacionalidade ou lei do domicílio) é a solução uniforme para todas as querelas e disputas oriundas do estatuto pessoal. Porém, como o estudo de De Winter demonstrou, ambas as regras de conexão passaram por forte crise no século XX. A regra da nacionalidade foi erodida pelos fortes fluxos de pessoas gerados pelas guerras mundiais, com alterações territoriais em diversos países, gerando perda de nacionalidade e dúvida sobre a nacionalidade de determinada pessoa. Além disso, os novos fluxos de pessoas baseados em demandas sociais (migrantes econômicos) aumentaram a diversidade de nacionalidades em um determinado Estado, elevando a possibilidade da existência de “quistos” de direito estrangeiro, caso a regra da nacionalidade fosse mantida. Outro fator de aumento do receio de permanência longa de nichos de direito estrangeiro em um Estado foi a igualdade de gênero trazida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que fez com que a mulher não mais perdesse sua nacionalidade originária pelo casamento. Por outro lado, a lei do domicílio também foi alvo de questionamentos, pelas diferenças de qualificação entre os Estados (inclusive entre os da vertente da “civil law” e os da “common law” e dificuldade de se determinar o “ânimo” definitivo trazido por inúmeras legislações (inclusive a brasileira)”.

¹⁸⁵ No cenário brasileiro, pode-se citar o reconhecimento do divórcio declarado no Japão perante a autoridade judiciária brasileira. Ver: MARQUES, Cláudia Lima. O Direito Internacional Privado solucionando conflito de culturas: os divórcios no Japão e seu reconhecimento no Brasil. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir. /UFRGS, PORTO ALEGRE**, v. 1, p. 111-124, 2003.

¹⁸⁶ CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de Direito Internacional Privado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1, p.24

Nesse conceito, enfatiza-se o encontro com o Outro, aquele que é, ao mesmo tempo, diferente e igual a nós mesmo. E implica em uma relação ética com o estrangeiro, que é estranho à comunidade política, seja um migrante na fronteira buscando a acolhida, ou, da cidadania, quando já está inserido.

De acordo com Horatia Muir Watt, há três métodos de receptividade do Outro no direito internacional, especialmente o privado: a) *lex forismo*¹⁸⁷: é a preferência sistemática pelo direito local, baseado no nacionalismo e na soberania estatal. Essa posição deve ser afastada em razão do nacionalismo exacerbado que representa; b) multilateralismo: é o modelo mais codificado mundialmente, que consiste na recepção de maneira condicional, em que a autoridade decisória recai sempre no anfitrião; c) reconhecimento pelo unilateralismo: o Outro é aceito em seus próprios termos, com o deslocamento das linhas divisórias entre as partes¹⁸⁸. A metodologia empregada pela Lei de Migração¹⁸⁹ é, para nós, a segunda.

Embora contestado, sustentamos que o DIPr é a ferramenta capaz de repensar a ética da migração para o gerenciamento da sua governança em escala global. Igualmente, é preferível ter a disciplina em uma posição de complementaridade em relação ao direito migratório, pois suas interconexões são infinitas. Exemplos, além da condição jurídica do estrangeiro, abundam: a validade de um casamento celebrado em outro local; o valor conferido aos documentos dos migrantes pelas autoridades policiais; o sistema de vistos; a validade de casamento de menores de idade; a crescente “privatização” dos fluxos migratórios transnacionais por meio de contratos internacionais com as agências de transporte¹⁹⁰; e vários outros.

¹⁸⁷ Para nós, é o método adotado pelo Direito Internacional Privado brasileiro positivo na sua Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, com poucas exceções, como os artigos 8º e 9º.

¹⁸⁸ MUIR WATT, Horatia. Hospitality, Tolerance, and Exclusion in Legal Form: Private International Law and the Politics of Difference. **Current Legal Problems**, v. 70, n. 1, p. 111–147, 1 dez. 2017.

¹⁸⁹ Enfatizamos que a Lei de Migração não é uma lei de Direito Internacional Privado propriamente dita, mas que contém traços jusprivatistas pela própria natureza das migrações internacionais.

¹⁹⁰ Destaca-se o caso de ação coletiva na Austrália (Kamasee vs Commonwealth & Ors), que gerou o maior acordo financeiro em tema de direitos humanos no país. Identifica-se uma emergência de contratualização do gerenciamento dos fluxos migratórios, em que os Estados-nações acordam entre si o gerenciamento da migração para países terceiros. Além dos arranjos interestatais, é comum que esses ocorram entre Estados nacionais e companhias privadas. As consequências são uma mitigação da responsabilidade estatal quando ocorrem abusos de direitos humanos, em que o Estado não é mais visto como perpetrador da violência. No presente caso, houve um acordo entre o governo australiano e da Papua Nova Guiné para que a recepção dos asilados que pretendiam se assentar na Austrália fosse feita no outro país. Os asilados trouxeram à tona o tratamento degradante que sofreram no centro de detenção em Papua Nova-Guiné, que acarretou, inclusive, no falecimento de migrantes. Sobre o caso, ver: CORNELOUP, Sabine. Privatisation of international migration flows: Manus Island class action. In: MUIR WATT, Horatia; BÍZIKOVÁ, Lucia; BRANDÃO DE OLIVEIRA, Agatha; et al (Eds.). **Global Private International Law**. [s.l.]: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 548–566. Disponível em: <https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781788119221/9781788119221.00041.xml>. Acesso em: 27 set. 2021.

Entretanto, o DIPr, na sua versão clássica, sustentava-se que não havia relação entre a ética e a disciplina, em virtude de três motivos: por ser eticamente imparcial, não é capaz de lidar com profundas questões de caráter ético; é irrelevante porque não trata, no seu núcleo, de questões éticas; e por sua tecnicidade que a inviabiliza¹⁹¹.

Na contemporaneidade, por sua vez, há uma mudança paradigmática de tratamento do ser humano, com a ênfase no princípio da dignidade humana¹⁹². A partir do qual, vislumbra-se que o potencial para enquadrar as migrações transnacionais dentro da matéria decorre da mudança de enfoque para o respeito do migrante enquanto indivíduo, sujeito de direitos fundamentais, tanto no plano internacional quanto interno.¹⁹³ Concomitantemente, há uma mudança no Direito Internacional Privado em que as relações interestatais são relegadas a um segundo plano e o enfoque é *pro persona*, isto é, pelas relações interpessoais.

Portanto, é imprescindível explorar a possibilidade de um DIPr que inclua os direitos humanos em um novo contexto em que:

a opção pela aplicação direta ou imediata dos direitos de matriz internacional apresenta uma abordagem nova, que se inicia com a tradução dos interesses (e soluções jurídicas) existentes em um fato transnacional para a linguagem dos direitos humanos aceitos pelas normas internacionais e nacionais. Tal tradução permite transparência e concretiza o cenário de conflito explícito de direitos individuais e difusos que permeiam o fato transnacional da vida privada¹⁹⁴

¹⁹¹ MICHAELS, Ralf. Private International Law as an Ethic of Responsibility. In: MICHAELS, Ralf (Ed.). **Diversity and Integration in Private International Law**. [s.l.]: Edinburgh University Press, 2019, p. 11–28. Disponível em:

<http://edinburgh.universitypressscholarship.com/view/10.3366/edinburgh/9781474447850.001.0001/upso-9781474447850-chapter-002>. Acesso em: 30 jun. 2021.

¹⁹² Nas palavras da Professora Nádia de Araújo: “Assumem, portanto, os direitos do homem a cada dia, maior relevância para o DIPr, no seu regramento do conflito de leis. A proteção à dignidade da pessoa humana, e os princípios daí decorrentes, passam também a informar as condições de aplicação do direito estrangeiro, levada a cabo pela utilização da metodologia própria do direito internacional privado. As regras de DIPr, aí incluindo-se tanto o método conflitual clássico como os novos princípios - regras mais flexíveis, regras alternativas, normas narrativas e cláusulas de exceção-, não podem prescindir do que Erik Jayme chama de “doble coding” um senso duplo da norma em questão, pois estas não são mais intrinsecamente neutras, mas trazem em si, sempre, além de sua finalidade precípua, a proteção dos valores constitucionais, especialmente os direitos humanos reconhecidos na ordem jurídica.” In: ARAÚJO, Nádia de. O direito internacional privado e a proteção da pessoa humana: evolução do método conflitual e a observância dos direitos fundamentais. In: COMITÊ JURÍDICO INTERAMERICANO DA OEA. **XXVIII Curso de Direito Internacional Privado**. Washington: Secretaria Geral, 2002, p. 470-471.

¹⁹³ JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: A Proteção da Pessoa Humana Face à Globalização (2000). **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir. /UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, nov. 2013. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/43490>>. Acesso em: 06 out. 2021.

¹⁹⁴ CARVALHO RAMOS, André de. Universal, tolerante e inclusivo: uma nova racionalidade para o Direito Internacional Privado na era dos direitos humanos. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir. /UFRGS**, v. XV, p. 129, 2020

André de Carvalho Ramos identifica quatro correntes sobre a aplicação dos direitos humanos no DIPr: a) clássica: não há impacto diferenciado; b) indireta: trata os direitos humanos como um novo fenômeno dentro da ordem pública (internacional); c) direta de matriz nacional: com a interpretação local; d) direta de matriz internacional: preferência dos direitos humanos mesmo em face de outros interesses nacionais. E, conclui que, se o DIPr clama na contemporaneidade pelo universalismo do reconhecimento de todos os direitos decorrentes de fatos transnacionais, necessária a reflexão acerca da negação sistemática dos direitos dos migrantes.¹⁹⁵

Desse modo, vê-se na atualidade a possibilidade de repensar a ética tendo como norte de abordagem o DIPr, em busca de resposta para os assuntos mais urgentes de nosso tempo, no presente caso, os fluxos migratórios. Karen Knop demonstra que o núcleo da noção afetiva da cidadania pode ser privado, em uma estrutura em que o DIPr pode ter um papel na formação das relações internacionais, pois, “como a cidadania pós-nacional, o direito internacional privado pode incluir não cidadãos através de suas regras para acesso à justiça e jurisdição”¹⁹⁶.

Há caminhos factíveis para a conjunção entre DIPr e direito migratório. Enquanto os Estados-nações não estejam dispostos a vincularem-se em um acordo multilateral (normas convencionais) em relação aos fluxos de pessoas, o DIPr já dispõe de algumas ferramentas e técnicas hábeis para gerenciá-los. Analisaremos algumas delas a seguir.

2.2.3) Cooperação jurídica internacional

As diversas conferências de Haia já estipularam medidas de cooperação interestatal que podem ser utilizadas para as migrações. Os principais atores em tais casos são as autoridades centrais, também previstas no Código de Processo Civil brasileiro. Sabine Corneloup utiliza-se do exemplo do estatuto pessoal dos migrantes, indispensável para a admissão no país de destino e a comprovação de outros documentos, como casamentos. Os problemas com a legitimidade da documentação são notórios, com um aumento da legislação antifraude em escala mundial. Dessa forma, explica a autora, que os Estados-nações deveriam acordar sobre alguns princípios

¹⁹⁵ Ibidem

¹⁹⁶ No original: “Like post-national citizenship, private international law can include non-citizens through its rules on standing to sue and jurisdiction.” In: KNOP, Karen. *The Private Side of Citizenship. Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, v. 10, p. 95, 2007.

básicos para o reconhecimento de documentos estrangeiros. E, no caso de suspeita de fraude, haveria a cooperação entre as autoridades centrais do Estados nacionais envolvidos, com a formação de registros públicos de dados.¹⁹⁷

Essa proposição também possui traços cosmopolitas inegáveis, uma vez que permite a cooperação entre os Estados-nações baseada na igualdade, desde que respeitadas as normas substantivas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que gera a obrigação que se efetivem os direitos humanos dos migrantes.

Em um estudo conduzido pelo Parlamento Europeu as descobertas sobre a interconexão entre DIPr e migrações foram: a) da necessidade de cooperação entre autoridades administrativas migratórias e as responsáveis por assuntos civis (leia-se, o Poder Judiciário). Por muitas vezes, o migrante que está diante da autoridade migratória não apresenta a documentação exigida, ou, no melhor dos casos, apenas cópias não certificadas. O estatuto pessoal, como já asseverado, possui impactos na condição jurídica do estrangeiro. Assim, o estudo conclui pela necessidade urgente de abordagens inovadoras, com o reconhecimento de que é um assunto de extrema complexidade, com a necessidade de balancear o risco à fraude e a proteção aos direitos humanos dessa população. Em tais casos, uma das opções plausíveis é a cooperação com o Estado de origem, a qual, contudo, também é complexa. As estruturas administrativas de cada Estado diferem entre si e são heterogêneas. Necessita-se, portanto, que tenham o desenvolvimento administrativo suficiente para tanto. Caso não seja possível, medidas alternativas devem ser tomadas, como o exame genético na tentativa de reunião familiar; b) o cuidado necessário no reconhecimento (ou não) de casamentos poligâmicos ou de menores de idade, geralmente negados sob a utilização da exceção da ordem pública, os quais podem ser instrumentalizados para limitar os fluxos migratórios; c) a aplicação (ou não) do direito estrangeiro pela autoridade administrativa migratória requer cuidados ainda maiores diante da falta de *expertise*; d) a aplicação e entendimento do direito estrangeiro também surge em contexto em que se busque o reconhecimento do estatuto pessoal adquirido; e) novas pesquisas empíricas.¹⁹⁸

¹⁹⁷ CORNELOUP, Sabine. Can Private International Law Contribute to Global Migration Governance? In: MUIR WATT, Horatia; ARROYO, Diego P. Fernandez. **Private International Law and Global Governance**. Oxford; Oxford University Press, 2014, p. 301-317

¹⁹⁸ O estudo encomendado pelo Parlamento Europeu teve a participação de diversos professores europeus: Sabine Corneloup (Universidade de Paris II); Bettina Heinderhoff (Universidade de Münster); Constanza Honorati (Universidade de Milano-Bicocca); Fabienne Jault-Seseke (Universidade de Versalhes); Thalia Krueger (Universidade de Antwerp); Caroline Rupp (Universidade de Würzburg); Hans van Loon (antigo Secretário-Geral da Conferência de Haia); Jinske Verhellen (Universidade de Gent). Ver: EUROPEAN PARLIAMENT. **Private International Law in a Context of Increasing International Mobility: Challenges and Potential**, 2017.

Entretanto, se carecem dados empíricos no contexto europeu, o que é reforçado fortemente em todo o estudo, a realidade brasileira é a mesma – ou, até mesmo, pior. Por isso, necessária a condução de novas pesquisas empíricas, com o envolvimento das autoridades da Polícia Federal para saber quais os critérios utilizados para reconhecer (ou não) determinado documento como válido.

Conclusão semelhante é a de Hans van Loon, qual seja: o uso de nossa criatividade para a criação de um modelo de governança global das migrações¹⁹⁹. Segundo o autor, necessário insistir nos princípios fundamentais do direito migratório, com vistas de sua institucionalização na prática. Alargando da Europa para o contexto mundial, torna-se premente a revisão de todo arcabouço de proteção de dados do estatuto pessoal, com os seus registros de forma imediata e coerente²⁰⁰, em uma estrutura global. As novas tecnologias podem ser uteis para tanto.

2.2.4) O conflito de leis

Um dos campos particulares em que se torna possível o gerenciamento das migrações contemporâneas é o do próprio conflito de leis, que é considerado o principal objeto de estudo do DIPr para muitos, em que há esse encontro com o elemento estrangeiro. Nesse, há um momento ético paradigmático de escolha de aplicação da jurisdição. Mas, propomos a aplicação

Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583157/IPOL_STU\(2017\)583157_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583157/IPOL_STU(2017)583157_EN.pdf). Acesso em: 23 set. 2021.

¹⁹⁹ LOON, Hans van. El desafío doble de la migración internacional. **Revista Española de Derecho Internacional**, vol. 68, 2, 2016, p. 15-17. *In verbis*: “Es el momento para edificar a partir de estos proyectos bilaterales y trabajar hacia un marco multilateral global con garantías procedimentales que faciliten acuerdos sobre programas de migración temporal. La inspiración puede encontrarse en otros ámbitos: por ejemplo, del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, que exige la cooperación entre el Estado de origen y el Estado receptor en la adopción de cada niño. También establece un sistema de autorización para los intermediarios: una idea que podría ser útil para eliminar las redes de traficantes en la migración laboral. Del Convenio de La Haya de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia, por su parte, podría tomarse prestada la idea de cooperación para reducir los costes de las transferencias de fondos, lo que contribuiría a uno de los objetivos de la Agenda 2030 de NU para el Desarrollo Sostenible: reducir a menos del 3 por 100 los costes de transacción sobre las remesas transferidas por los migrantes (que actualmente se cifran en un 7,3 por 100). Este marco multilateral permitiría establecer rutas de migración seguras y legales a nivel global; clarificaría las diferencias tanto de principios como de procedimientos entre las migraciones forzosas y las voluntarias; ayudaría a reducir la inmigración ilegal; y, en tanto que proyecto de cooperación permanente, ofrecería oportunidades de aprendizaje continuo”.

²⁰⁰ LOON, Hans van. El desafío doble de la migración internacional. **Revista Española de Derecho Internacional**, vol. 68, 2, 2016, p. 15-17. *In verbis*: “Pero, además, es importante que se revise todo el abanico de aspectos de carácter administrativo y de Derecho civil que afectan a los solicitantes de asilo en Europa. El registro inmediato y coherente de los datos más relevantes sobre la persona y el estatuto personal —nacimientos, matrimonios y fallecimientos—, y el reconocimiento de las inscripciones registrales y documentos relacionados en toda Europa es esencial”

de tal campo para além de sua perspectiva tradicional, em que impera apenas a análise do interesse do escopo legítimo da autoridade estatal.

As modernas visões da antropologia²⁰¹ jurídica podem nos ajudar a desenvolver essa possibilidade, de alargamento do campo do conflito de leis. Annelise Riles propõe que o conflito de leis seja examinado como conflito cultural. Entende-se que a cultura seja híbrida e fluida, em que as pessoas discordam sobre seus valores culturais em uma troca global. Esse modo de enquadrar os conflitos de leis leva a uma disputa de questões cosmopolitas acerca da acomodação cultural.²⁰²

As lutas pelo reconhecimento da identidade individual intersectam-se com a necessidade coletiva dos próprios migrantes. Na década de 90 do século XX, há um giro na hermenêutica, especialmente do Direito Internacional, em que há uma transformação da preocupação com questões de justiça distributiva para uma gramática moral de reconhecimento de indivíduos e grupos sociais historicamente marginalizados. Os dois principais teóricos do reconhecimento são Charles Taylor e Axel Honneth, cujas ideias podem ser aplicadas para a teoria do conflito de leis e a identidade individual, pois estão intrinsecamente vinculados ao estatuto pessoal e a condição jurídica do estrangeiro.

Emmanuelle Jouannet alerta para que o processo de reconhecimento da identidade não é uniforme, em que varia de acordo com o estado prevalecente da sociedade internacional e a própria expectativa dos indivíduos. Isso nos leva à formação de um verdadeiro direito internacional do reconhecimento, em que cada identidade individual é reconhecida pela sua especificidade determinada pelo pertencimento a certas culturas, em que se pede por uma nova interpretação do princípio da não discriminação.²⁰³

Tal princípio requer que seja entendido nos seus diversos sentidos²⁰⁴, em que não se cabe mais realizar interpretação passiva, entendida como mera abstração ou igualdade formal, e sim, aos aplicadores, requer-se uma iniciativa proativa e assertiva.

²⁰¹ Se o estudioso de DIPr, em sua relação com a Antropologia, realiza trabalho etnográfico ou etnólogo, conferir: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos de leis no espaço e lacunas (inter)sistêmicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. Conclui o autor que o cultor de DIPr que se veja obrigado a aplicar direito estrangeiro e que só tem acesso via documental não realiza trabalho próprio de escrita do Direito de um povo, aproximando-se à etnologia.

²⁰² RILES, Annelise. Cultural Conflicts. **Law and Contemporary Problems**, v. 71, n. 273, p. 273–308, 2008.

²⁰³ TOURME-JOUANNET, Emmanuelle. The International Law of Recognition. **European Journal of International Law**, v. 24, n. 2, p. 667–690, 2013.

²⁰⁴ MOREIRA, Adilson José. **O Que é Discriminação?** 1. ed. São Paulo: Letramento / Justificando, 2017.

Para Taylor, o atributo crucial da vida humana é a sua característica dialógica. É dessa forma que nos tornamos seres humanos completos, o que possibilita a definição de nossa identidade, a qual depende da própria relação com os outros. O discurso do reconhecimento tem, assim, dois planos: a) interno: formação da identidade que ocorre em um diálogo contínuo com os outros; b) externo: as políticas de reconhecimento empregadas.²⁰⁵ A identidade é necessariamente subjetiva.

Quanto ao segundo item, as políticas de reconhecimento devem ser universalizadas, o que leva Taylor propô-la em termos de políticas de diferença. Há uma redefinição da não discriminação com o requisito que as distinções feitas das identidades de cada indivíduo ou grupo social com base em tratamento diferencial. Para além do potencial humano universal da formal dignidade humana a todos²⁰⁶, há a inclusão do valor igual daqueles que tornam o potencial de fato, buscando, dessa forma, a justiça material.²⁰⁷

Por sua vez, Nancy Fraser assinala que a conclusão de Taylor que a falta de reconhecimento implica em um dano à identidade é problemática porque privilegia as condições psíquicas do que as instituições sociais e políticas. Em alternativa, defende uma forma de reconhecimento atrelada à ética, em que se reconhece os membros da sociedade como parceiros completos na interação social.²⁰⁸

A política da diferença é proposta por outros autores como Will Kymlicka, que argumenta o pertencimento nacional deve estar aberto, em princípio, a todos, o qual independe de qualquer característica que o indivíduo possui. No entanto, o autor, de forma contraditória, restringe o acolhimento àqueles que tenham interesse no aprendizado da cultura nacional, por vias da assimilação.²⁰⁹

Kymlicka atesta que em todas as democracias liberais, uma das principais técnicas empregadas para acomodação de diferenças culturais é a proteção dos direitos civis e políticos de todos os indivíduos. Para tanto, articula o exercício de uma proteção externa, pela qual há

²⁰⁵ TAYLOR, Charles. **Multiculturalism: examining the politics of recognition**. Princeton, N.J: Princeton University Press, 1994.

²⁰⁶ “Na medida em que o Direito Internacional Privado regula a conexão entre os diversos sistemas jurídicos internos cabe salientar a vocação da disciplina como forma de efetivar a proteção da dignidade humana e assegurar o seu bem-estar”. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá.; ALMEIDA, Bruno Ribeiro. *A cinemática jurídica global: conteúdo do direito internacional privado contemporâneo*. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 18, p. 18, 2011.

²⁰⁷ TAYLOR, Charles. *Op cit*, 1994.

²⁰⁸ FRASER, Nancy. Recognition without Ethics? **Theory, Culture & Society**, v. 18, p. 21–42, 2001.

²⁰⁹ KYMLICKA, Will. **Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights**. Oxford: New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1995. (Oxford political theory), p.10-32.

uma limitação do impacto das decisões da sociedade majoritária sob determinado grupo étnico/social²¹⁰.

Aliada ao reconhecimento, o próximo passo é a construção de uma visão cosmopolita do conflito de leis, entendida no sentido trazido por esse trabalho – não de uma cidadania internacional, mas fragmentada, em que o Outro é acolhido por diversas filiações e identidades – em que cada comunidade tenha seus valores normativos levados em consideração. Tal estrutura leva a necessidade de formação de novas normas internacionais, mais dinâmicas, para além dos tratados internacionais de direitos humanos.²¹¹

É claro que a posição exposta não é inédita, e tem as raízes no século XIX, em uma tradição que vem sendo resgatada nas últimas décadas. Friedrich Carl von Savigny, baseado nas construções do Direito Romano, afirmou que o Direito Moderno estabeleceu a igualdade pessoal entre estrangeiros e nacionais.²¹²

Por conseguinte, dessa igualdade, afastando a posição da soberania, em que o aplicador decide o caso exclusivamente sob as bases da legislação nacional, clama, aliás, pela adoção de um princípio oposto:

Como consequência necessária dessa igualdade, no seu desenvolvimento completo, não apenas em cada Estado individual o estrangeiro não é referido como atrasado pelo nacional (na qual a igualdade de tratamento de pessoas consiste), mas também que, no caso de conflito de leis, as mesmas relações jurídicas (casos) têm a expectativa da mesma decisão, independentemente do Estado em que a decisão seja tomada. (tradução nossa)²¹³

O tratamento igualitário do direito nacional e o estrangeiro decorre do interesse comum das nações e dos indivíduos, o qual é voltado para as necessidades da comunidade internacional como um todo. A proposta de Savigny é de um sistema universal de conflito de leis em virtude

²¹⁰ Idem, p. 34-48.

²¹¹ BERMAN, Paul Schiff. Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interests in a Global Era. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 153, n. 6, p. 1819, 2005.

²¹² SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private International Law: A Treatise on the Conflict of Laws, and the Limits of their Operation in Respect of Time and Place*. Translated by William Guthrie. Edinburgh: T&T Clark Law Publishers, 1869, p. 25-29.

²¹³ No original: “For it is the necessary consequence of this equality, in its full development, not only that in each particular state the foreigner is not postponed to the native (in which equality in the treatment of persons consist), but also that, in cases of conflict of laws, the same legal relations (cases) have to expect the same decision, whether the judgement be pronounced in this or in that”. In: SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private International Law: A Treatise on the Conflict of Laws, and the Limits of their Operation in Respect of Time and Place*. Translated by William Guthrie. Edinburgh: T&T Clark Law Publishers, 1869, p. 27.

da própria natureza das relações jurídicas. Uma tentativa de atualização de tal pensamento pode-se afirmar que o sistema universal de conflito de leis deve decorrer da própria natureza das relações humanas.

2.2.5) A ordem pública (internacional)

O instituto clássico da matéria que pode ser ressignificado é a ordem pública que se divide, tradicionalmente, em interna e internacional²¹⁴. Para este trabalho, importa apenas a segunda.

A ordem pública internacional²¹⁵ deve ser, segundo Campos Mônaco, excepcional, portanto, não deve levá-la em consideração diuturnamente. Constitui-se como os valores fundamentais éticos da sociedade do foro. A sua importância se dá pela alteração que gera no direito posto por ser uma ferramenta de constante atualização hermenêutica.²¹⁶

A ordem pública incorpora, nesse sentido, aquelas regras e princípios que são considerados essenciais na ordem jurídica de um Estado-nação. São relativas e contemporâneas. Portanto, os direitos humanos fazem parte desse núcleo essencial que a ordem pública objetiva proteger. Jan Oster advoga pela prevalência total dos direitos humanos na aplicação da lei, uma vez que as codificações de direitos humanos não distinguem entre a natureza das questões jurídicas a serem resolvidas.²¹⁷

Há a prevalência estampada na nova Lei de Migração pelo direito à reunião familiar, tema atinente ao Direito de Família, em que se projeta a proteção de crianças e adolescentes,

²¹⁴ Segundo Dolinger, a ordem pública aplica-se em três níveis: a) 1º: funciona no plano do direito interno; b) 2º: impedimento de aplicação do direito estrangeiro indicado pelas regras de conexão do DIPr; c) 3º: reconhecimento de direitos adquiridos no exterior. In: DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Op cit, capítulo XV.

²¹⁵ Discute-se muito na atualidade acerca da convergência entre o Direito Internacional Privado e o Público. Para nós, nota-se uma crescente interconexão entre Direito Internacional Público e o Privado, guiados, principalmente, pelos princípios e diretrizes de direitos humanos. Temas que eram necessariamente reconhecidos como privados no passado estão crescentemente imbuídos regimes de regulação do direito público, e, vice-versa. Sobre o tema ver: DE BOER, Th.M. Living apart together: the relationship between public and private international law. *Netherlands International Law Review*, v. 57, n. 02, p. 183–207, 2010.

²¹⁶ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. A exceção de ordem pública internacional. *Revista da Faculdade de Direito (USP)*, v. 114, p. 231-249, 2019.

²¹⁷ OSTER, Jan. Public policy and human rights. *Journal of Private International Law*, v. 11, n. 3, p. 542–567, 2015.

que mesmo em situação de irregularidade administrativa, devem ficar com seus pais, em atenção ao princípio de seu melhor interesse.²¹⁸

²¹⁸ A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sustenta-se nas mesmas bases. A Opinião Consultiva 21/14 estipula o dever do Estado-nação de levar em consideração a necessidade da proteção internacional à criança migrante na aplicação de suas políticas migratórias; garantir um efetivo direito ao devido processo legal, sendo o interesse superior da criança o princípio primordial para tanto; a proibição que os Estados-nações tomem medidas em direção à privação da liberdade da criança, independente da sua situação migratória; a proibição ao retorno (*non-refoulement*) em qualquer caso que a vida ou segurança da criança esteja em risco. In: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. **Parecer Consultivo OC 21/14 – Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional**, 2014. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

3. O ESTATUTO DO ESTRANGEIRO E A PERMANENTE ZONA DE EXCEÇÃO

3.1 Os primórdios da doutrina da segurança nacional (1964-1979)

A doutrina da segurança nacional²¹⁹ brasileira tem sua reformulação²²⁰ na institucionalização da Escola Superior de Guerra, em 1949, que foi criada pela compreensão da necessidade de uma Forças Armadas robusta em decorrência da Segunda Guerra Mundial.

No plano internacional insere-se no contexto geopolítico da Guerra Fria, em que o mundo está dividido em dois blocos contra hegemônicos: o liberal-capitalista, com os Estados Unidos da América, e o comunista, capitaneado pela União das Repúblicas Soviéticas Socialistas (URSS).

A doutrina da segurança nacional é o conjunto de estratégias empregadas pelos EUA como método de contenção da suposta ameaça comunista na América do Sul com o intuito de combater a subversão. Compreende-se por ampla gama de campos sociais, desde o econômico até o militar. As táticas utilizadas abarcam a identificação de um inimigo comum no plano interno e externo, o uso da violência preventiva, repressiva, além de outros métodos.²²¹

A indeterminação do conceito de inimigo interno é de extrema importância. Segundo Fernandes, a expansão do termo comunismo como algo a ser combatido, como uma força que não seria impulsionada externamente, mas dentro dos próprios limites territoriais, legitimou as atitudes tomadas pelas ditaduras latino-americanas.²²² No plano econômico, a DSN garantia um modelo sutil de exploração dos países da América do Sul, aportado pelo capital estrangeiro, em que há as primeiras experiências neoliberais do continente, mais conhecidamente o regime de Pinochet no Chile.²²³

O sistema internacional de direitos humanos, que estava em pleno desenvolvimento na época, era visto pelo regime militar como uma afronta à soberania nacional. O governo

²¹⁹ A partir daqui referenciada pela sigla DSN.

²²⁰ Utilizamos do termo reformulação pois o argumento da segurança nacional foi utilizado anteriormente, com uma roupagem diferente da Ditadura Militar, mais especificamente para a legitimação do Estado Novo e a ditadura de Getúlio Vargas, na primeira metade do século XX.

²²¹ STEPHAN, Claudia. A Doutrina da Segurança Nacional de Contenção na Guerra Fria: fatores que contribuíram para a participação dos militares na política brasileira (1947-1969). *Conjuntura Global*, v. 5, p. 537-565, 2016.

²²² FERNANDES, Ananda Simões. A reformulação da Doutrina de Segurança Nacional pela Escola Superior de Guerra: a geopolítica de Golbery do Couto e Silva. *Antíteses (Londrina)*, v. 2, p. 831-856, 2009.

²²³ Ver o sétimo capítulo da obra de Samuel Moyn: MOYN, Samuel. *Not enough: human rights in an unequal world*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2018.

brasileiro encontrava-se em uma complexa situação de ordem interna e externa. Diante do cenário internacional, tinha que demonstrar o respeito aos direitos humanos e à democracia para que tivessem oportunidades no mercado internacional, enquanto avolumavam-se as denúncias de torturas e crimes perpetrados contra dissidentes do regime.

A solução encontrada foi o emprego do “isolacionismo deceptivo”, pelo qual, para reiterar que o Estado brasileiro era democrático utilizava-se de práticas de manipulação das informações com o intuito de enganar o “inimigo”.²²⁴ Para tanto, era imprescindível o controle dos meios de comunicação. Essa forma hipócrita autoreferencial coadunava-se com a DSN, em que se buscava a manipulação da opinião da sociedade civil brasileira ao mesmo tempo que transmitia uma imagem democrática no campo das relações exteriores.

A Lei da Segurança Nacional, de 1967, institucionalizou um novo conceito para a ideologia da Segurança Nacional no Brasil. Com ela, a estrutura básica da Polícia Federal começou a atuar no país, sendo, desde então, o principal órgão de fiscalização das fronteiras nacionais. Nesse período sua atuação voltava-se, sobretudo, para apreensão de drogas (tráfico internacional) e proibir a admissão de ideologias contrárias à predominante, como anarquismo e comunismo, devido ao já mencionado momento histórico da Guerra Fria.²²⁵

As definições constantes na lei são genéricas, amplas e abarcaram diversas possibilidades de interpretações, conforme a conveniência para o regime. A segurança nacional define-se como: “a garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos” (art. 2º); e compreende: “medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva” (art. 3º). Por segurança interna, entende-se: “ameaças ou pressões antagônicas, de qualquer origem, forma ou natureza, que se manifestem ou produzam efeito no âmbito interno do país” (art. 1º). A guerra psicológica é a: “adversa é o emprêgo (sic) da propaganda, da contrapropaganda e de ações nos campos político, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução

²²⁴ FERNANDES, Pádua. **O direito internacional dos Direitos Humanos e a Ditadura militar no Brasil: o isolacionismo deceptivo**. In: I Jornada de Estudos sobre Ditaduras e Direitos Humanos, 2011, Porto Alegre. I Jornada de Estudos sobre Ditaduras e Direitos Humanos. Porto Alegre: Arquivo Público do Estado do Rio Grande do Sul, 2011. p. 438-446.

²²⁵ ROCHA, Bruno Lima; JUNG, João Henrique Salles. O papel da polícia federal na lei de segurança nacional e no controle de fronteiras na era militar (1964-1985). **Século XXI – Revista de Ciência Sociais**. Porto Alegre, v. 5, nº 2, jul.-dez 2014. Disponível em: seculoxxi.espm.br/index.php/xxi/article/view/76/78. Acesso em: 20 out. 2020.

dos objetivos nacionais” (art. 2º), que contrapõe-se à guerra revolucionária, caracterizada pelo: “conflito interno, geralmente inspirado em uma ideologia ou auxiliado do exterior, que visa à conquista subversiva do poder pelo contrôlo (sic) progressivo da Nação” (art. 3º).²²⁶

Pouco tempo após a decretação do Ato Institucional n.5,²²⁷ que endureceu a repressão e os crimes cometidos pela ditadura, o regime editou o Decreto n. 417, em 1969, estritamente voltado à temática migratória.

O Decreto estipulava bases em que a expulsão do migrante poderia ocorrer: a) atentar à segurança nacional; b) a ordem política ou social; c) a tranquilidade e moralidade pública; d) economia pública. Além do mais, regravava outras situações passíveis de expulsão, tais como: a) a entrada irregular, seja mediante fraude ou não; b) a “vadiagem” e a mendicância, que se tratava de termos abertos que poderiam ser facilmente utilizados pelo regime para com a sua conveniência.

Em conjunto com as vedações instituiu-se um procedimento sumário de expulsão, o qual ocorria dentro do período de quarenta e oito horas, de forma automática. Portanto, não havia o que se falar em respeito às garantias processuais e ao devido processo legal. Uma das únicas exceções que obstava o trâmite do procedimento era o migrante que tinha cônjuge ou filho/a brasileiro.²²⁸

De forma semelhante, o Decreto-Lei n. 941, também de 1969, dispunha sobre a condição geral do migrante. Entre as disposições, veda-se a concessão de vistos e passaportes àquele que for: “nocivo à ordem pública” e que não satisfaça as recomendações de saúde estabelecidas, em regulamento, pelo Ministério da Saúde (art. 5º).²²⁹ Esta disposição relembra particularmente as legislações migratórias eugenistas da Era Vargas. Dessa forma, mais uma vez, foram instituídas normas de caráter aberto e discriminatórias, uma vez que impedia o ingresso do migrante que possuía certas condições de saúde precária, em clara violação à dignidade da pessoa humana.

²²⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 314, de 13 de março de 1967. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF.

²²⁷ O Ato Institucional n.5 foi a legislação mais repressiva e autoritária da Ditadura Militar. Por meio dela, conferia poderes ao Presidente da República para o fechamento do Congresso Nacional, a suspensão dos direitos políticos de qualquer cidadão, especialmente daqueles considerados inimigos do regime, a impossibilidade de revisão judicial da legislação, a suspensão de garantias processuais, como habeas corpus, entre outros. In: BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF.

²²⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 417, de 10 de janeiro de 1969. Dispõe sobre a expulsão de estrangeiros. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF.

²²⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 941, de 13 de outubro de 1969. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF.

O Decreto regulamentou como se daria a atuação da Polícia Federal de quando da tentativa de admissão e ingresso do migrante no território nacional. O sistema de vistos era altamente burocratizado e dividia-se em seis categorias: trânsito, turista, temporário, permanente, oficial, diplomático.

Interessante disposição consta no art. 38, pela qual a concessão do visto se configura como mera expectativa de direito para admissão do migrante. A burocracia que obstava a entrada em casos de sua inconveniência para o regime demonstra aquilo que John Torpey denomina de o uso dos passaportes como o monopólio estatal dos meios legítimos de circulação das pessoas.²³⁰

No ano seguinte, o decreto n. 66.689 regulou, novamente, a admissão dos migrantes e o processo de naturalização. A proibição de concessões de vistos é semelhante ao decreto anterior (art. 6º). A entrada sujeita-se à mera conveniência ou não, como se se tratasse de uma benesse concedida pelo Estado brasileiro. O sistema de vistos continua altamente burocratizado: para o visto de permanência é necessária a entrega de uma série de documentos, entre os quais: passaporte, atestado de saúde, certificado de vacinação, atestado de residência, atestado de antecedentes penais, certidão de nascimento ou casamento (art. 22).²³¹

O decreto obsta a entrada de migrantes sob condições eugênicas e sanitárias, uma vez mais.²³² É perceptível a semelhança dos conceitos utilizados nessa legislação e àquela empregada durante o Estado Novo para barrar a entrada de migrantes sob base discriminatórias, frisa-se.

Quanto aos procedimentos de retirada compulsória do migrante do território brasileiro, o decreto dispõe de três: expulsão²³³, extradição²³⁴ e deportação²³⁵. Quanto à primeira, segue-

²³⁰ TORPEY, J. C. **The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State**. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2018, p. 1-16.

²³¹ BRASIL. Decreto nº 66.689, de 11 de junho de 1970. Regulamenta o Decreto-lei nº 941, de 13 de outubro de 1969, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF.

²³² Art. 51. O visto concedido pelas autoridades consulares apenas configura mera expectativa de direito para o estrangeiro, cujo o ingresso ou desembarque no território brasileiro poderá ser obstado se se verificar a ocorrência de qualquer dos casos do art. 6º ou a inconveniência de sua entrada no país: I - doença mental, de qualquer natureza e grau; II - doença hereditária ou familiar; III - defeito físico ou mutilação grave que determine incapacidade superior a 40%, de acordo com a discriminação das tabelas oficiais do Ministério do Trabalho; IV - doença dos aparelhos circulatório, respiratório, digestivo, renal, locomotor e sistema nervoso, quando elas possam acarretar incapacidade igual ou superior a 40%; V - alcoolismo inveterado ou toxicomania; VI - neoplasma maligno; VII - invalidez; VIII - tuberculose; IX - lepra; X - tracoma; XI - sífilis; XII - leishmaniose; XIII - blastomicose; XIV - filariose; XV - esquistossomose; XVI - tripanosomiose e outras, a critério de autoridade sanitária.

²³³ Artigos 100 ao 113 do Decreto 99.689/1970

²³⁴ Artigos 114 a 130 do Decreto 99.689/1970

²³⁵ Artigos 131 a 137 do Decreto 99.689/1970

se a tradição brasileira de utilização de conceitos indeterminados ou em branco. Os migrantes sujeitam-se à expulsão quando atentarem à segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou economia popular, ou quando sua estadia se mostrar inconveniente para o Brasil, mediante inquérito policial que pode acarretar prisão cautelar por 90 dias e a expulsão à sua revelia. Era um juízo eminentemente político, além de autoritário com o não respeito a ditames básicos do devido processo.

A deportação tratou-se de procedimento que fora muito utilizado quando da vigência do Estatuto do Estrangeiro, pois, a partir da qual existe a possibilidade de criminalização do próprio fluxo migratório. O migrante que aqui se encontrava em situação de irregularidade administrativa, caso não saísse voluntariamente, seria retirado compulsoriamente pela Polícia Federal.

3.2) O Estatuto do Estrangeiro e a inscrição da vida nua

Diante desta longa tradição autoritária, em 19 de agosto de 1980, foi sancionado o Estatuto do Estrangeiro, a Lei n. 6.815/1980. Em conjunto, houve a criação do Conselho Nacional de Imigração,²³⁶ principal órgão administrativo regulamentador das migrações, inclusive na redemocratização e atuante até os nossos dias.

O Estatuto é a culminação do Estado de Segurança Nacional, mas predicado também sob o princípio da proteção do trabalhador nacional. Destaca-se, para além do caráter autoritário da legislação, a maneira retrógrada em que os legisladores brasileiros pensavam sobre o tema, em que se baseia em um modelo de “soberania solitária”²³⁷, como se o país estivesse isolado do restante do mundo. Então, percebamos que os mesmos princípios aplicados em matéria de política migratória estão dispostos em diversas normativas ao longo de meio século.

Não se mostra exagerado afirmar que entre 1930 até 2017 o Brasil viveu um período de exceção em matéria migratória. Parece-nos que, para os reguladores, com o decorrer dos anos, a situação geopolítica mundial não sofreu qualquer tipo de alteração e o próprio cenário interno é o mesmo.

Se, anteriormente, utilizava-se do argumento na Era Vargas da restrição à migração para o projeto de modernização nacional, agora, limitava-se os fluxos migratórios à reserva de

²³⁶ A partir daqui referenciado pela sigla CNIg.

²³⁷ Conforme visto no capítulo anterior. Cf. DELMAS-MARTY. Mireille. Op cit...

mercado para o trabalhador nacional em um contexto de incipiente globalização, com a crescente intensidade dos fluxos de capitais, bens e serviços.

Há diversos paralelos, outra vez, entre o Estatuto do Estrangeiro e a política migratória da Era Vargas: a concentração da realização, controle e fiscalização das políticas migratórias nas mãos do Poder Executivo, procedimentos de retirada compulsória sumários, a criminalização dos fluxos migratórios, condições não democráticas de acolhida, as quais eram regidas pela discricionariedade administrativas e das agências regulatórias, baixa possibilidade de intervenção e revisão pelo Poder Judiciário, entre outras.²³⁸

Com o Estatuto, não há o que se falar em uma política migratória propriamente dita. Na verdade, há a criação de uma zona de indistinção de perigo entre o inimigo externo e o interno, o resultado de trabalho de décadas da DSN, voltada à figura do migrante, que está sempre em uma posição de suspeição, à mercê de juízos de oportunidades do soberano administrador.²³⁹

A situação dos migrantes durante a vigência do Estatuto demonstra a necessidade de repensar os direitos humanos a partir da crítica de Hannah Arendt, feita no capítulo inicial deste trabalho. Os migrantes se encontravam em uma posição de invisibilidade social e política que levaria a uma forma de eliminação invisível de participação da própria comunidade política, em que eram tratados como um grupo de seres humanos supérfluos.

Desde os seus primeiros artigos, os fluxos migratórios sujeitam-se ao interesse nacional (art. 1º), por meio da aplicação de princípios imprecisos, como: segurança nacional, organização institucional, interesses políticos, sociais e econômicos; e a defesa do trabalhador nacional (art. 2º). Por sua vez, o visto concede uma mera expectativa de direito de admissão no território nacional (art. 3º).

É ilustrativo da visão limitada que tratamos a questão migratória, baseada em uma restrição às atribuições do Estado-nação, que a principal doutrina brasileira escrita sobre o tema abalize as disposições do Estatuto do Estrangeiro. Segundo Yussef Cahali, a tradição do direito brasileiro e a prática do direito internacional consagrou a possibilidade de interdição da admissão dos migrantes sob termos genéricos, com o devido respeito de *standards* jurídicos à vida em comunidade. Continua o autor, pela necessária discricionariedade do aplicador da lei

²³⁸ CARNEIRO, Cynthia Soares. Políticas Migratórias no Brasil e a instituição dos “indesejados”: A construção histórica de um estado de exceção para estrangeiros. **Revista Opinião Jurídica**: Fortaleza, 2018. v. 16.

²³⁹ WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi. As políticas migratórias brasileiras do século XIX ao século XXI: uma leitura biopolítica do movimento pendular entre democracia e autoritarismo. **Revista Direito e Práxis**, v. 11, p. 2330-2358, 2020.

para a correta mensuração dos princípios constantes no Estatuto, o que o leva à conclusão da desnecessidade de sua revogação.²⁴⁰

O autor contradiz-se ao vincular unicamente a admissão dos migrantes ao princípio da igualdade, isto é, a não discriminação por qualquer motivo. Conforme vimos no capítulo anterior a não discriminação não pode ser caracterizada apenas negativamente, ou seja, uma inação. Paradoxalmente, entretanto, os princípios que regem o Estatuto são os próprios que possibilitam a aplicação de parâmetros discriminatórios, por vezes racistas, do operador da lei. Sob a rubrica da proteção da segurança nacional pode obstar-se a admissão de determinada nacionalidade de migrante, tal como foram os diversos casos durante o regime militar. Demais disso, não leva em consideração na sua análise o princípio *pro persona*,²⁴¹ positivado na Constituição Federal de 1988.

O tratamento da nacionalidade é semelhante, já que o direito migratório brasileiro vincula a nacionalidade a um liame do direito interno, portanto, exclusividade do Estado em concedê-la ou não, como ato de caridade fosse.

O autor parece não considerar as mencionadas implicações éticas da nacionalidade. Para além de mero conceito jurídico, baseado nos conceitos do *jus soli* e *jus sanguini*, o nascimento é um critério importante para o estabelecimento de qual membro pertencerá à sociedade e a titularidade completa dos direitos da cidadania.²⁴²

De forma curiosa, novamente com o devido respeito à tradicional doutrina jurídica em relação ao direito dos migrantes e ao autor citado, Professor Emérito da Faculdade de Direito de São Paulo, causa espanto ser essa a mais difundida, ainda, no ensino jurídico brasileiro e, inclusive, de ser aquela que é utilizada em diversos julgamentos das cortes superiores nacionais.

Quanto ao Estatuto, a possibilidade de admissão é entendida como estritamente conectado à soberania nacional, portanto, não possibilita a admissão em caráter humanitário. Não há, ainda, um direito humano a migrar em clara discordância ao direito internacional dos direitos humanos.

²⁴⁰CAHALI, Yussef Said. **Estatuto do estrangeiro**. 2ª ed. rev. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 71-80.

²⁴¹ O princípio *pro persona* exige a interpretação mais favorável ao indivíduo. Implica o reconhecimento da superioridade das normas de direitos humanos. No Supremo Tribunal Federal, há diversas menções a esse princípio em julgados. Sobre o tema, ver: CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 119-121.

²⁴² CAHALI, Yussef. Said. **Estatuto do estrangeiro**. 2ª ed. rev. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.21.

Os procedimentos administrativos de expulsão, deportação e extradição continuam com a tradição autoritária. Todas as modalidades preveem a determinação da prisão cautelar administrativa vinculada à atuação do Ministério da Justiça,²⁴³ com prazos distintos: sessenta dias, no caso de deportação; noventa dias, na expulsão, respectivamente.

Millena Fontoura Monteiro demonstra as similaridades dos decretos anteriores, particularmente os de n. 941 e n. 66.689/70, com o Estatuto do Estrangeiro, em relação aos procedimentos de retirada compulsória, que têm seus regulamentos praticamente inalterados.²⁴⁴

O procedimento de expulsão, instaurado por inquérito, em raras ocasiões, não acarretava a expulsão do migrante. O inquérito violava diversos dispositivos protetores dos direitos humanos dos migrantes: legalidade, o da isonomia e a presunção de inocência.

O art. 66 do Estatuto vincula à discricionariedade do Presidente da República a conveniência ou não da expulsão do migrante. A vida do migrante está sujeita as vontades do soberano, em uma zona de exceção. Tal cenário evidencia a configuração do moderno estado de exceção, que não se caracteriza mais por regimes manifestamente totalitários, e sim, por espaços ininterruptos de exceção, direcionados a certos segmentos populacionais, com a edição de normas discriminatórias.²⁴⁵

Coincide com esta política, a delegação da atribuição do poder de emitir normas ao Poder Executivo, notavelmente ao Chefe de Estado, por meio de regulamentos, portarias e instruções normativas.²⁴⁶ Estas normas não passam pelo crivo da legitimidade, pois, seriam de responsabilidade primeva do Poder Legislativo. Como fator marcante da ditadura militar brasileira houve um crescimento da atuação discricionária executiva em assuntos concernente aos direitos dos migrantes, sem a participação destes e de outros atores estatais e não-estatais na sua formulação, tornando nebulosa às atribuições decorrentes da tradicional divisão dos poderes.

Portanto, a decisão sobre a vida ou morte do migrante está nas mãos do soberano, no modo de “governamentalidade”, surgida no século XVIII, e teorizada por Michel Foucault na

²⁴³ Art. 139 do Estatuto do Estrangeiro

²⁴⁴ MONTEIRO, Millena Fontoura. Migração e promoção dos direitos humanos no Brasil: desafios em relação ao rompimento com o ordenamento jurídico da ditadura civil-militar de 1964-1985. **INTER: Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ**; v. 1, n. 1. 2018.

²⁴⁵ AGAMBEN. **Estado de exceção**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007.

²⁴⁶ É claro que a edição de decretos, portarias e regulamentos é um instrumento legítimo de todo Estado Democrático de Direito. Não é possível vislumbrar a existência de um Poder Legislativo que consiga regulamentar todas as mínimos detalhes da vida social em qualquer Estado nacional. A crítica desenvolvida é em sentido contrário: a difusão de decretos em demasia levou a anacronismos da legislação migratória, em um movimento que, segundo Hannah Arendt baseada na concepção weberiana de Estado, o decreto substituiu o Direito.

segunda metade do século XX. É neste sentido que se inscreve a “vida nua” do migrante no moderno estado de exceção, e, em particular, no cenário brasileiro.²⁴⁷⁻²⁴⁸

A partir do conceito do biopoder²⁴⁹⁻²⁵⁰, e do de estado de exceção de Carl Schmitt e Walter Benjamin²⁵¹, pela qual, para o primeiro, o “soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção (tradução nossa).²⁵²” o filósofo Giorgio Agamben reconhece o advento de um homem próprio dos tempos modernos, o *homo sacer*,²⁵³ aquele cuja vida é facilmente matável,

²⁴⁷ AGAMBEN, Giorgio. We refugees. **Symposium: A Quarterly Journal in Modern Literatures**, v. 49, n. 2, p. 114–119, jun. 1995.

²⁴⁸ Mencionamos o termo moderno estado de exceção, pois, mesmo que o conceito desenvolvido por Agamben não se aplicasse à Ditadura Militar Brasileira, fato é que muitas das práticas e o aparato institucional de gerenciamento das políticas migratórias continuou o mesmo após a redemocratização, inclusive em governos tidos como à esquerda do espectro político brasileiro, notadamente, o Partido dos Trabalhadores (2002/2016). Evidenciamos, desta forma, a dura missão da nova legislação migratória que é romper com políticas migratórias não democráticas que perduraram por décadas, inclusive em períodos de estabilidade democrática.

²⁴⁹ O biopoder, construção teórica do filósofo francês Michel Foucault, caracteriza-se pelo conjunto de mecanismos através dos quais as características biológicas dos seres humanos tornam-se objetos para uma estratégia política e econômica. Segundo o autor, pela primeira vez, a partir do século XVIII, a razão de governar importa-se com o gerenciamento da população e seu bem-estar. Em contrapartida, a busca por esse insere-se em um espaço de competição, com o protagonismo do mercado, e a conseqüente manipulação das relações de força. In: FOUCAULT, Michel. **Security, territory, population: lectures at the Collège de France, 1977-78**. 1ª. ed. Basingstoke; New York: Palgrave Macmillan: République Française, 2007.

²⁵⁰ Tivemos a oportunidade de discorrer com maior vagar acerca das relações entre biopoder, direitos humanos e migrações em estudo publicado recentemente acerca da institucionalização do visto humanitário no Brasil. As bases filosóficas desenvolvidas lá foram utilizadas neste momento. Ver: ROSSI, Leonardo. Bortolozzo. As políticas da vida: o visto humanitário e a nova razão governamental. **Caderno de Relações Internacionais**, [S. l.], v. 13, n. 24, 2022. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/1416>. Acesso em: 2 set. 2022.

²⁵¹ Agamben baseia-se principalmente em dois escritos de Benjamin: a oitava tese sobre o conceito da História e o seu artigo intitulado de “Sobre a crítica do poder como violência”. Sobre o primeiro, escreve Benjamin: “A tradição dos oprimidos ensina-nos que o ‘estado de exceção’ em que vivemos é a regra. Temos de chegar a um conceito de história que corresponda a essa ideia. Só então se perfilará diante dos nossos olhos, como nossa tarefa, a necessidade de provocar o verdadeiro estado de exceção; e assim a nossa posição de luta contra o fascismo melhorará”. In: BENJAMIN, Walter. **O anjo da história**. Organização e tradução de João Barrento, 2ª ed, 4ª reimp, Belo Horizonte; Editora Autêntica, 2020, p.13. O segundo, embora não seja aqui o espaço apropriado para a sua discussão, é uma crítica da violência do Direito, que é exercida pelo Estado em relação àquele que está sujeito a ele. Benjamin realiza inúmeras distinções, entre as quais, à violência instauradora e mantenedora do Direito. O emprego da violência policial para preservar o próprio Direito iguala-se a uma nova forma de fazer Direito, em que as finalidades são moldadas pela polícia. Sobre o tema, ver: BENJAMIN, Walter. **O anjo da história**. Organização e tradução de João Barrento, 2ª ed, 4ª reimp, Belo Horizonte; Editora Autêntica, 2020, p. 57-82; BARBOSA, Jonnefer; A crítica da violência de Walter Benjamin: implicações histórico-temporais do conceito de reine Gewalt. **Revista de Filosofia: Aurora (PUCPR. Impresso)**, v. 25, p. 151-169, 2013. BUTLER, Judith. Crítica, Coerção e Vida Sagrada na “Crítica da Violência” de Benjamin. **Rev. Direito e Práxis.**, Rio de Janeiro, Vol. 11, N.03, 2020, p. 1902-1933

²⁵² No original: Sovereign is he who decides on the exception. In: SCHMITT, Carl. **Political theology: four chapters on the concept of sovereignty**. University of Chicago Press, 1ª ed. Chicago: University of Chicago Press, 2005, p.5.

²⁵³ Agamben constrói tal figura baseado nos antigos escritos romanos, principalmente. O homem sagrado romano era aquele que cometia um crime bárbaro, mas em razão dos próprios procedimentos dos ritos de sacrifício, não se enquadrava para o sacrífico. Entretanto, qualquer ser humano que o matasse não poderia ser responsabilizado. A figura do *homo sacer* encontra-se, então, em uma ambivalência. Por um lado, está acima dos demais por não poder ser sacrificado, ao mesmo tempo, encontra-se excluído daquela comunidade política, com o tecido social de proteção completamente inexistente.

mas não sacrificável.²⁵⁴ É uma relação política de exclusão inclusiva, nos dizeres de Agamben.²⁵⁵

A relação exclusiva inclusiva é aquela que captura o próprio Direito, em um movimento em que se inclui a vida na esfera da soberania apenas sob a forma da exclusão. Desta forma, a vida nua torna-se, potencialmente, a inscrição de todo ser humano, como um resultado das decisões soberanas em relação àquilo que é distintivamente humano.²⁵⁶

O moderno paradigma do biopoder é, para muitos, o campo de refugiados²⁵⁷, disposto em diversas regiões do globo, que consiste em uma zona indissociável e bastante tênue entre como se dá a constituição do cidadão e do *homo sacer*, direito e fato.²⁵⁸

O policiamento, típico da ditadura brasileira, em nome do respeito à lei e ordem constitui a própria suspensão do Direito. Há, nas palavras de Miriam Ticktin um movimento em que nos afastamos das políticas migratórias para uma lógica distinta do pertencimento onde o Direito não funciona mais como limitador do Estado. Neste sentido, a figura do migrante possui ímpar importância ao revelar a lógica contemporânea do poder político: a naturalização do poder soberano como também a natureza do pertencimento político.²⁵⁹

Há, dessa forma, um posterior esvaziamento do Estado de Direito, com o desenrolar da atenção do governo para as questões do corpo e da narrativa contada pelo migrante.²⁶⁰ Os mecanismos de segurança da biopolítica atuam sobre a vida biológica dos indivíduos, com a governança de seus projetos naturais. É por essa razão que a correspondência entre biopolítica

²⁵⁴ Notavelmente, Agamben, parece-nos que para a criação deste termo, é enormemente influenciado por Hannah Arendt e a sua construção de “direito a ter direitos”.

²⁵⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer, o poder soberano e a vida nua** I. 2. Reimpr ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2007, 207p

²⁵⁶ GÜNDOĞDU, Ayten. Potentialities of human rights: Agamben and the narrative of fated necessity. **Contemporary Political Theory**, v. 11, n. 1, p. 2–22, fev. 2012.

²⁵⁷ Embora no Brasil não haja um campo de refugiados propriamente dito, pensamos que o Espaço Conector descrito no capítulo anterior se assemelha, em menor medida, ao funcionamento de um campo, por motivos de indefinição e indeterminação. Como prova superficial da nossa afirmação, a Folha de São Paulo publicou reportagem no mês de abril de 2022 de estarem os refugiados afegãos dormindo no Aeroporto de Guarulhos à espera da regularização da sua situação migratória. Ver: MANTOVANI, Flávia. Famílias afegãs passam dias e noites no aeroporto de Guarulhos à espera de abrigo. **Folha de São Paulo**, abr 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2022/04/familias-afegas-passam-dias-e-noites-no-aeroporto-de-guarulhos-a-espera-de-um-abrigo.shtml>. Acesso em: 07 mai. 2022.

²⁵⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Meios sem fim**: notas sobre a política. Tradução de Davi Pessoa. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

²⁵⁹ TICKTIN, Miriam. Policing and humanitarianism in France: immigration and the turn to law as state of exception. **Interventions**, v. 7, n. 3, p. 346–368, nov. 2005.

²⁶⁰ FONSECA, Márcio Alves da. Imigração, Estado de direito e biopolítica. **Revista de Filosofia Aurora**, [S.l.], v. 28, n. 45, p. 969-984, abr. 2016. ISSN 1980-5934. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/aurora/article/view/1980-5934.28.045.DS12>. Acesso em: 22 abr. 2021.

e imigração está atualmente demarcada, de acordo com diversos estudos citados ao decorrer desta pesquisa.

Os paradoxos do direito de vida e morte não se encontram mais na figura do soberano absolutista o seu principal decisor, e sim, no completo gerenciamento da vida biológica pelo Poder Político, em todos os seus momentos, por complexos mecanismos de controle e poder. Os seus efeitos são a sujeição dos corpos e o controle populacional. Notamos, com isso, e com preocupação, as tendências de exercício da jurisdição para além do território nacional, como o controle fronteiriço realizado no país de saída, além de acordos bilaterais para que países abriguem refugiados em compensação monetária, conforme ocorre entre o Reino Unido e Ruanda.

A partir de uma crítica das declarações de direitos humanos positivadas, como as decorrentes das revoluções burguesas do século XVIII e a de 1948, Agamben demonstra o paradoxo oculto da soberania estatal: enquanto tais declarações formulam as regras e princípios que regem as relações dos cidadãos com o Estado, ao mesmo tempo, há o isolamento do nascimento como fator determinante da nacionalidade. Este movimento traz o abandono da vida nua que fica à mercê do poder soberano.²⁶¹ Percebamos a influência da construção *arendtiana* no pensamento de Agamben, em que suas críticas se assemelham. Complementa o autor que é nos momentos de crise (como foi a ditadura) que há uma erosão da atividade do Legislativo, com o inverso ocorrendo com o Executivo, isto é, um maior protagonismo.

Mas, esta tendência observada durante a Ditadura Militar não se modificou com a redemocratização em 1988 e a instituição da primazia dos direitos humanos na Constituição Federal. Por décadas, a política migratória brasileira, aliada com a dificuldade de tramitação de uma nova legislação migratória,²⁶² foi reconstruída exclusivamente pelo Poder Executivo, com ampla atuação do Conselho Nacional de Migração, ou, ainda, por decretos dos Presidentes da República.

²⁶¹ GIACOIA JUNIOR, Orlando. Sobre Direitos Humanos na Era da Bio-Política. **Kriterion** (UFMG. Impreso), v. XLIX, p. 267-308, 2008.

²⁶² Notável e feliz exceção foi a promulgação do Estatuto dos Refugiados, de 1997, legislação que ainda é pioneira na temática, a qual alargou as hipóteses contidas nos tratados internacionais para a concessão do refúgio, incluindo a violação de direitos humanos.

3.3) Justiça de transição no campo das migrações

O campo de estudos da justiça transicional ganhou proeminência internacional na metade da década 1980, após o fim de diversos regimes autoritários ao redor do mundo, entre os quais, países da América do Sul, Coreia do Sul, África do Sul, e, posteriormente, os do Leste Europeu.²⁶³

A busca por uma definição do conteúdo dos estudos transicionais é recorrente por todo o campo. Não há uma definição uniforme e correta sobre o tema. Para Coilleen Murphy, entende-se por justiça de transição as tentativas formais adotadas por sociedades pós-repressivas e pós conflitivas para a resolução de erros passados, de violações sistemáticas de direitos humanos, nos esforços empreendidos para a democratização.²⁶⁴ Logo, aliado à noção de justiça transicional está a de democracia emergente.

Ruth Teitel, no entanto, assume uma posição construtivista para o conceito de justiça de transição. A transição implica mudanças no paradigma da justiça, assim, a função do Direito é paradoxal. O conceito de justiça construído forma-se pela injustiça cometida anteriormente. Por isso, o Direito encontra-se em um limiar, as respostas legais comuns não mais se aplicam, com a criação de mecanismos *sui generis* de adjudicação da problemática.²⁶⁵ Com isso, as práticas legislativas e jurisprudenciais devem evoluir com o decurso do tempo para que não haja incompatibilidade entre o desenvolvimento democrático e a ideia de justiça derivada de injustiças perpetradas por décadas. É óbvio que isso não se deu com a justiça de transição migratória brasileira, pois a transformação legislativa levou décadas e a jurisprudencial ainda não é possível aferi-la.

As ferramentas para a tentativa de reconciliação com o passado são várias: processos criminais, comissões da verdade, proibição de antigos líderes políticos de participarem da

²⁶³ Ruti Teitel traça uma genealogia da justiça de transição composta de três fases: 1) a primeira, que teve início em 1945 com o término da Segunda Guerra Mundial e cujo marco simbólico é o Julgamento de Nuremberg, e caracteriza-se na crença do Direito como ferramenta de modernização. Essa fase teve curta duração; 2) a segunda, que compreende o período da Guerra Fria, pela qual a internacionalização da matéria ganhou proeminência, com a descoberta da necessidade de contextualização da justiça de transição. O Brasil encaixa-se nessa fase; 3) a terceira, que se trata do final do século XX, e configura-se pela expansão do conceito, que passa a abranger diversos significados. In: TEITEL, Ruti. G. **Transitional Justice Genealogy**. Harvard Human Rights Journal, v. 16, n. 69, 2003, p.69-94.

²⁶⁴ MURPHY, Coileen. **The Conceptual Foundations of Transitional Justice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 1-37.

²⁶⁵ TEITEL, Ruti. G. **Transitional justice**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2000, p.3-9.

administração pública, reparação indenizatória para as vítimas e suas famílias, pedidos de desculpas oficiais, entre outras.

A justiça de transição traz questões práticas de difícil solução. Por um lado, têm-se o problema da aplicação da nova legislação democrática em contextos diferentes, em que se faz necessária a retroatividade de uma lei que não estava em vigor, no momento do cometimento dos abusos, em uma aparente violação ao princípio da legalidade, ou, em casos penais, da irretroatividade da lei penal. De outro lado, há a complexa busca por legitimidade de um novo regime, que necessita reformar as instituições jurídicas e políticas.²⁶⁶ Essa é uma das razões, inclusive, que levam os países a se comprometer com a proteção aos direitos humanos perante a ordem internacional.²⁶⁷

No contexto brasileiro, embora com interpretações divergentes²⁶⁸, a Justiça de Transição foi feita pelo próprio comando militar. A Lei de Anistia, de n. 6.683/79, concedeu anistia a todos os servidores da Administração Pública, dos poderes Executivo e Legislativo, e aos militares que tivessem cometido crime político ou conexo.²⁶⁹

Destarte, a transição feita no país pautou-se em dois pilares: o da reparação e da instauração da Comissão da Verdade. Quanto à última, trata-se de comitês oficialmente constituídos com o propósito de investigar e documentar violações de direitos humanos durante determinado período repressivo. O relatório final da Comissão da Verdade brasileira foi publicado em 10 de dezembro de 2014 e contém três volumes temáticos, sendo que o último se destaca pelos mortos e desaparecidos políticos da ditadura militar.

A violação de direitos humanos em relação aos migrantes está bem documentada. Carlos Eduardo de Abreu Boucault narra a história da cidadã brasileira Ñasaindy Barret de Araújo, filha de pai brasileiro e mãe paraguaia. Devido ao seu nascimento em Cuba durante o regime militar brasileiro, possuía duas certidões de nascimento, além de uma terceira referente à adoção

²⁶⁶ POSNER, Eric. A.; VERMEULE, Adrian. Transitional Justice as Ordinary Justice. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 3, p. 762–825, jan. 2004.

²⁶⁷ Segundo o autor André de Carvalho Ramos a busca pela legitimidade política foi, possivelmente, a razão pela qual o Brasil aderiu a instrumentos jurídicos internacionais de proteção aos direitos humanos. Lembremos que o Brasil internalizou diversos tratados internacionais, como os Pactos universais de 1966, apenas na década de 1990. Sobre o tema, ver: RAMOS, ANDRÉ DE CARVALHO. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 1, p. 44-46

²⁶⁸ Para Eric Posner e Adrian Vermeule, a transição feita no Brasil decorreu de uma negociação entre o comando militar e a oposição política, com uma mescla de atuação da sociedade civil e da elite política. Cf: POSNER; VERMEULE, Op Cit.

²⁶⁹ BRASIL. LEI No 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF.

civil, o que impossibilitou o exercício da cidadania brasileira por meio da naturalização até 1994.²⁷⁰

Outro exemplo é o caso do chinês Peter Ho Peng, que aqui residiu desde os dois anos de idade, com a conquista da cidadania brasileira por ser filho de pais naturalizados. No final da década de 1960, participou do movimento estudantil e atraiu a atenção das autoridades estatais. Já em 1973, constava ser apátrida, além de ser alvo de tortura, com a instituição de inquérito administrativo que culminou na sua expulsão. Com a redemocratização, retornou definitivamente ao Brasil apenas em 2010, com o pedido perante a Comissão da Verdade de verbas indenizatórias e a restauração da cidadania brasileira, os quais foram concedidos.²⁷¹

Um dos casos de maior repercussão em relação à violação das normas de direitos humanos durante a ditadura militar foi o do padre Vito Miracapillo, em 1980, que se recusou a rezar a missa de Independência no dia 07 de setembro, na região nordestina.²⁷² Foi instaurado um inquérito administrativo que resultou na sua expulsão, patrocinada em conjunto pelo Ministério da Justiça, forças legislativas nacionais, como o deputado estadual Severino Cavalcanti e o próprio Supremo Tribunal Federal.²⁷³

O decreto de expulsão gerou uma série de contestações perante o STF, mediante o uso de habeas corpus. Do julgamento do inquérito de expulsão realizado em 30 de outubro de 1980, sobressaíram-se segundo Maria Pia dos Santos Lima Guerra, dois temas principais: a proibição da atividade política pelo Estatuto do Estrangeiro e a discricionariedade da atividade do Presidente da República para decidir sobre a expulsão.²⁷⁴

De forma contrária aos argumentos aduzidos nos quatro habeas corpus impetrados em favor do padre de que a sua recusa de não realizar a missa não era atentatória nem nociva ao “orgulho nacional” e que não havia nenhuma lei que proibisse a sua recusa, sendo a sua conduta, assim, em acordo com a Constituição Federal de 1967, o STF decidiu, por unanimidade, pela sua improcedência e a validade do ato administrativo de expulsão.

²⁷⁰ BOUCAULT, Carlos Eduardo de A. A construção de uma identidade jurídica: a ausência de um Estado presente. **Duc in Altum Cadernos de Direito**, v. 5, p. 95, 2013.

²⁷¹ MORAES, Ana. Luísa. Zago. O Caso Peter Ho Peng na Comissão de Anistia: do banimento pela Ditadura Civil-Militar Brasileira à tentativa de reparação pela democracia. In: Emilio Peluso Neder Meyer; Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. (Org.). **Justiça de Transição nos 25 anos da Constituição de 1988**. 2ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2014, v. 1, p. 470-497.

²⁷² As razões aludidas pelo padre foram, entre outras, de que o povo da cidade em que realizava o sacerdócio não tinha alcançado a plena independência e era reduzido à condição de pedinte e desamparado em seus direitos.

²⁷³ DALLEDONE, Maria Pia dos Santos Lima Guerra. **O padre e a pátria: direito, transição política e o Supremo Tribunal Federal na expulsão de Vito Miracapillo (1980)**. 2016. 219 f. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 31-37.

²⁷⁴ Idem, *ibidem*, p. 91-132.

Maria Pia dos Santos Lima Guerra assevera que esse julgamento demonstra a conexão dos direitos dos migrantes com o conceito de soberania da época, que estava a serviço do governo, e de como se deu o tratamento dos migrantes a partir do Estatuto do Estrangeiro. O julgamento foi a afirmação histórica de decisões do Supremo a respeito do tema²⁷⁵.

Nos casos descritos percebe-se o aparato de um verdadeiro estado policialesco, em que a Administração estatal não é restrita por normas jurídicas, espaço em que medidas de exceção tornam-se a regra. A vida também se torna politicamente irrelevante e pode ser facilmente descartada.

Embora a Justiça de Transição não seja um campo específico das migrações, conforme demonstram Moraes e Filho²⁷⁶, o tratamento dos migrantes durante a ditadura militar demonstra casos da completa exclusão do exercício da cidadania, em que a questão migratória era tratada como caso de polícia. Esse tratamento ainda é o predominante na ordem jurídica brasileira, mesmo com a promulgação de legislação protetora aos direitos humanos. Nas palavras dos autores, há a necessidade de:

Logo, a Justiça de Transição, por ser justamente um campo interdisciplinar de ação e estudo umbilicalmente vinculado aos direitos humanos e cujo foco central são as vítimas, deve ir além das medidas reparatórias em relação aos estrangeiros que foram vítimas da ditadura e da própria revisão da lei da anistia como fundamento à consolidação da expulsão como medida de efeitos perpétuos. Deve-se abranger a revogação da Lei n. 6815/1980, a promulgação de uma Lei de Migrações pautada nos direitos humanos e a realização de reformas institucionais e políticas públicas de acolhida humanitária, no intuito de começar a tratar os imigrantes como trabalhadores e, com isso, evocando os direitos fundamentais – em particular, os sociais, políticos e culturais -, visando à desconstrução do rótulo do “outro”, mormente porque o fenômeno migratório deve-se, sobretudo, à busca de trabalho e da vida digna.²⁷⁷

Mesmo que o escrito dos autores date anteriormente à publicação da nova lei migratória brasileira, sua dupla conclusão foi parcialmente atendida. Houve, sim, a revogação do Estatuto do Estrangeiro e a criação de uma Lei de Migração pautada nos direitos humanos. Mas, as reformas institucionais foram mínimas, as principais agências estatais que tratam da questão

²⁷⁵ *In verbis*: “Trata-se de longa orientação jurisprudencial, consolidada ao menos desde a Primeira República, que confere ao chefe do poder executivo a prerrogativa soberana de decidir sobre os direitos dos estrangeiros”. In: Idem, *ibidem*, p. 131.

²⁷⁶ MORAES, Ana Luisa Zago; DA SILVA FILHO, José Carlos Moreira. A cidadania como dispositivo de segurança: por uma justiça de transição em matéria de migrações. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 7, n. 4, p. 96-134, dez. 2016. ISSN 2179-8966. Disponível em: [tps://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/19426](https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/19426). Acesso em: 07 abr. 2021.

²⁷⁷ *Ibidem*, p.130.

permanecem as mesmas desde o período ditatorial. Além disso, a plena efetividade dos direitos dos migrantes (em especial os trabalhistas)²⁷⁸, a visão deles como o “outro indesejado” ainda permanece no imaginário nacional.

Entretanto, com a redemocratização perdeu-se a oportunidade de uma verdadeira reforma das instituições políticas e jurídicas. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a Polícia Federal como a responsável para o exercício das: “funções de polícia marítima, aérea e de fronteiras”.²⁷⁹ Portanto, a estrutura organizacional administrativa do controle, admissão e retirada dos imigrantes do território nacional permanece praticamente intacta desde o último período ditatorial.²⁸⁰

Diante desse cenário, o quadro jurídico em que se encontrava o novo regime democrático das décadas seguintes era (e ainda é) um paradoxo: a estrutura jurídica estatal de governança migratória baseada em princípios autoritários, em que os mesmos pilares que a regiam ainda estão em voga, em contradição a um regime democrático, em que impera o respeito aos direitos humanos e a prevalência da pessoa humana, os quais foram insculpidos na nova legislação migratória.

²⁷⁸ Inclusive durante a pandemia da covid-19, a Organização Mundial do Trabalho indicou que houve uma acentuação da vulnerabilidade social dos trabalhadores migrantes, o que exacerba o risco de serem vítimas de abusos e violências. Ver: OIT. Migración laboral, movilidad en el mundo del trabajo ante la pandemia de la COVID-19 en América Latina y el Caribe, 2021. Disponível em: https://www.ilo.org/americas/publicaciones/WCMS_778606/lang--es/index.htm. Acesso em: 29 mar. 2022

²⁷⁹ Artigo 144, da Constituição Federal de 1988. In: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:

www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 out 2020

²⁸⁰ Sobre a permanência das estruturas administrativas mesmo após o regime militar e sua incompatibilidade com a Democracia, Gilberto Bercovici assinala: “Para tanto, deve ser superado o ideário de controle liberal, ou seja, não basta simplesmente alargar as instituições de controle liberais tradicionais, desprezando-se o controle público e democrático pelos cidadãos. O desafio continua sendo encontrar um modo de submeter a critérios sociais e democráticos a atuação, ou omissão, do Estado, através de um controle político. A questão do controle democrático da intervenção econômica e social do Estado continua sem solução sob a democrática Constituição de 1988 e toda sua estrutura administrativa, ainda herdada da ditadura militar”. In: BERCOVICI, Gilberto. “O Direito Constitucional Passa, o Direito Administrativo Permanece”: A Persistência da Estrutura Administrativa de 1967. In: Edson Teles; Vladimir Safatle. (Org.). **O Que Resta da Ditadura: A Exceção Brasileira**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010, v. 1, p. 90.

4. A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO BRASILEIRA: RUMO AO COSMOPOLITISMO JURÍDICO?

4.1 O processo legislativo

Em vista da incompatibilidade entre os dispositivos e princípios constitucionais com o Estatuto do Estrangeiro, de 1980, e as alterações socioeconômicas de uma sociedade crescentemente globalizada e economicamente emergente, havia a necessidade de mudança da principal legislação da governança migratória para adequação com o sistema internacional dos direitos humanos.

As tentativas foram várias no decorrer das décadas,²⁸¹ o que não impediu a aplicação, inclusive jurisprudencial, do defasado Estatuto por quase três décadas após a promulgação da Carta Cidadã, mas foi o projeto de lei 288/2013, de autoria do senador Aloysio Ferreira Nunes que foi finalmente sancionado pelo presidente Michel Temer em 24 de maio de 2017.

O longo processo legislativo conteve a participação de múltiplos atores da sociedade civil, dentre eles, acadêmicos, especialistas, e os próprios imigrantes. Em 2013, instituiu-se, através da portaria 2.162/2013, uma comissão de especialistas com a finalidade de formularem um anteprojeto para uma nova legislação migratória.

A proposta baseou-se em cinco características principais: a) a necessidade de compatibilização da nova legislação com a Constituição Federal de 1988 e um teste de convencionalidade,²⁸² isto é, a adequação com os instrumentos internacionais de direitos humanos. Por isso, o projeto conclui pela completa revogação do Estatuto do Estrangeiro; b) um deslocamento da abordagem das políticas migratórias, calcadas no paradigma da segurança nacional e defesa do trabalhador nacional para um novo, de respeito aos direitos humanos dos migrantes. Portanto, deve-se abandonar o conceito de estrangeiro, vinculado à noção de cidadão de segunda classe, com a utilização de uma nova terminologia. O migrante não pode mais ser

²⁸¹ Destaca-se, a título de exemplo, o projeto de lei 1.813/1991.

²⁸² O controle de convencionalidade foi desenvolvida no Brasil a partir da tese de doutorado de Valério Mazzuoli. Segundo o autor, a partir da EC/2004 que permitiu a possibilidade dos tratados internacionais dos direitos humanos de serem aprovados com um quórum qualificado com *status* materialmente constitucional. Assim, para além do tradicional controle de constitucionalidade brasileiro, existe um controle de convencionalidade, que consiste em a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos em vigor no Brasil. Sobre o tema, ver: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis: o novo modelo de controle da produção normativa doméstica sob a ótica do 'diálogo das fontes'. **Argumenta (FUNDINOPI)**, v. 15, p. 77-114, 2011.

visto como a figura do “outrem”, ou, nas palavras de Jacques Rancière, do “Inumano”. Essa é a recomendação da ONU pela alteração das terminologias utilizadas em temas migratórios; c) enfrentamento da fragmentação das diversas normativas infralegais produzidas a partir da redemocratização, que levaram a uma alta complexidade normativa no tocante à aplicação e gerenciamento das políticas migratórias. Busca-se, com isso, a sistematização da política migratória nacional; d) a participação da sociedade civil através do acolhimento de demandas de diversas entidades civis, historicamente marginalizadas. Importante o registro que muitas das vezes, a posição de vulnerabilidade do migrante é múltipla, como no caso da mulher negra que migra. Nesse ponto, verifica-se a necessidade de uma dupla efetivação de direitos: i) criação de uma nova autoridade civil para admissão, recepção e regularização da situação migratória, em contraste com a crescente militarização da polícia federal; ii) a concessão de direitos políticos para o pleno exercício da cidadania, especialmente para os migrantes residentes; e, por fim, e) a adequação da nova política migratória nacional com o momento geopolítico mundial, em que o país precisa ter a infraestrutura necessária para o gerenciamento de novos fluxos migratórios consoante à globalização.²⁸³

O apogeu da mobilização deu-se na 1ª Conferência Nacional sobre Migrações e Refúgio,²⁸⁴ nos anos de 2013 e 2014, na qual se sugeriram diversas mudanças legislativas e a completa revogação do Estatuto do Estrangeiro. Entretanto, as propostas formuladas tiveram baixa influência na legislação publicada. Em adição, vários foram os vetos presidenciais.

Entre os quais, destaca-se a proposta para a possibilidade de exercício de direitos políticos, como a participação em eleições.²⁸⁵ O argumento utilizado para negá-lo foi que a Constituição Federal instituiu a impossibilidade do voto para migrantes, independentemente do tempo de residência transcorrido, inclusive com entraves para brasileiros naturalizados. Em termos de procedimentos formais, o trâmite legislativo não seria adequado.

Por sua vez, pode-se argumentar através de uma interpretação sistemática da própria Carta, estabelece-se que o migrante está em posição de igualdade em direitos em relação ao brasileiro nato (art. 5º, caput). O argumento da formalidade do trâmite poderia ser facilmente

²⁸³ BRASIL. Comissão de Especialistas criada pelo Ministério da Justiça pela Portaria nº 2.162/2013. Anteprojeto de Lei de Migrações e promoção dos direitos dos migrantes no Brasil. Brasília.

²⁸⁴ SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA – SNJ. Caderno de Propostas. 1ª Conferência Nacional sobre Migrações e Refúgio. Brasília: SNJ, maio 2014. Disponível em: <http://participa.br/comigrar/destaques/caderno-final-de-propostas-da-comigrar>. Acesso em: 19 abr. 2021.

²⁸⁵ “Promover o debate junto à sociedade brasileira e promover alterações constitucionais e legislativas necessárias a permitir o direito à elegibilidade, e ao voto, de modo a possibilitar o efetivo exercício da participação política, assim como também, permitir aos brasileiros residentes no exterior, o direito de elegerem de seus representantes para cargos executivos e legislativos nacionais, estaduais e municipais.” In: Idem; p. 7.

superado caso o anteprojeto fosse enviado ao Legislativo pelo Presidente da República. Isto demonstra, para nós, toda a lógica exposta neste trabalho que a proibição do exercício do voto é mais um exemplo do problema da exclusão gerada pela associação da cidadania ao conceito de natividade.

Nesse sentido, em consonância com Juliana Cleto,²⁸⁶ em virtude da proximidade com a comunidade local, os vínculos sociais gerados, ao migrante deve ser possibilitado a representação política, ao menos em nível municipal. Os migrantes que residem de forma regularizada têm, no mínimo, de contribuir com o fisco,²⁸⁷ o que já prova o vínculo com o Estado.

A proposta que teve maior discussão – e, aquela que acreditamos ser a que causaria uma mudança mais profunda na política migratória nacional - foi a substituição da Polícia Federal por um órgão especializado que ficaria responsável pelas atribuições daquela.²⁸⁸ Dessa forma, o controle, admissão e expulsão dos migrantes ficaria a cargo de um órgão com tratamento humanitário. A alteração seria bem-vinda, pois seria um passo para a real democratização do aparato burocrático estatal em termos migratórios.²⁸⁹

Se tal proposta fosse aceita, haveria uma desvinculação com o passado de décadas de governança migratória autoritária e dos princípios da segurança nacional e a defesa do trabalhador brasileiro. Tais princípios ainda continuam a permear as relações sociais entre os imigrantes e o Estado. Os exemplos são inúmeros desde a redemocratização. Recentemente, no ápice dos protestos que levaram à remoção de Dilma Rousseff da Presidência da República, a Federação Nacional dos Policiais Federais²⁹⁰ emitiu nota que os “estrangeiros” fossem encontrados participando das mobilizações seriam presos e deportados, em claro abuso de poder, lembrando as disposições da ditadura militar brasileira.

²⁸⁶ CLETO, Juliana. Implicações do direito ao voto aos imigrantes: ameaça à soberania nacional ou efetivação de um direito fundamental? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 3, p. 58-79, 2015.

²⁸⁷ Embora a nova lei de migração possua lacunas com relação à situação tributária dos migrantes, temos que, por um raciocínio lógico, a residência física do migrante gera obrigações fiscais e tributárias.

²⁸⁸ SNJ, Op Cit, p.10.

²⁸⁹ Para nós, de acordo com o modelo proposto do cosmopolitismo baseado na ética do discurso, a negação das demandas e argumentação feitas pelos migrantes é um exemplo de exclusão interna dos processos democráticos de tomada de decisão. Esses se caracterizam quando determinados indivíduos ou grupos, embora formalmente incluídos no fórum público, têm suas demandas não levadas a sério e não tratadas com igual respeito no ato comunicativo. É o que ocorreu com a demanda a respeito da substituição da Polícia Federal. Sobre o tema, ver: YOUNG, Iris. Marion. **Inclusion and democracy**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2000, p. 52-80.

²⁹⁰ FEDERAÇÃO NACIONAL DOS POLICIAIS FEDERAIS. Nota à imprensa: estrangeiros que participarem de atos políticos podem ser detidos e expulsos do país. 16 de abril de 2016. Disponível em: <http://fenapef.org.br/nota-a-imprensa-estrangeiros-que-participarem-de-atos-politicos-podem-ser-detidos-e-expulsos-do-pais/>. Acesso em 21 out. 2020.

Outro caso emblemático é do ex-Presidente Lula, que governou o país durante os anos de 2002 a 2010, pelo Partido dos Trabalhadores, partido à esquerda do espectro político nacional. Em 2004, o jornalista norte-americano Larry Rohter, do New York Times, escreveu um artigo a respeito do suposto apreço do ex-Presidente para com bebidas alcoólicas.²⁹¹ Em tradução livre, o artigo intitulava-se: “Hábito de bebericar do líder brasileiro se torna preocupação nacional”.

No dia 11 de maio de 2004, o governo brasileiro decidiu pela cassação do visto do jornalista, o que culminaria, inevitavelmente, na sua deportação do país. A base jurídica para tal determinação do Ministério da Justiça foi o artigo 26 do Estatuto do Estrangeiro, que expunha a estada no território nacional poderia ser obstada pela inconveniência de sua presença no território nacional.²⁹²

Houve, ainda, um erro de natureza formal por parte do Ministério da Justiça. Como bem exposto pelo pedido do habeas corpus, o art. 26 do Estatuto não se trata da possibilidade de cancelamento de visto, e sim, da possibilidade de obstar a permanência, entrada ou registro da presença do migrante no território nacional.

Mas, uma vez que a situação do jornalista no Brasil era regular, isto é, seu registro tinha sido feito, sua retirada compulsória do território nacional só poderia ser feita mediante decreto de expulsão, que respeitasse as bases mínimas do devido processo legal, em concordância com a Constituição Federal de 1988. Além disso, o Ministério da Justiça não era a autoridade competente para tanto, pois apenas o Presidente da República poderia editar o decreto de expulsão.

A situação demonstra o poder da discricionariedade administrativa e das possibilidades de interpretação de uma norma aberta, porque é de extrema dificuldade a conceituação do que constitui a inconveniência da presença no território nacional, se tratando, ao nosso ver, de uma norma permite arroubos autoritários, e que não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Mesmo que o argumento do governo brasileiro fosse válido, de que se tratava de um caso de calúnia e difamação, em que os limites da liberdade de expressão foram extrapolados, fato é, em um exame inicial de proporcionalidade, a resposta menos adequada seria a expulsão deste

²⁹¹ ROHTER, Larry. Brazilian Leader's Tipling Becomes National Concern. **New York Times**. 09 de maio de 2004. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2004/05/09/world/brazilian-leader-s-tipling-becomes-national-concern.html>. Acesso em: 11 abr. 2022.

²⁹² NANJI, Luciana. Governo Lula decide cancelar visto de jornalista americano. **Conjur**. 11 de maio de 2004. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2004-mai-11/governo_decide_cassar_visto_jornalista_americano. Acesso em: 11 abr. 2022.

jornalista. Por exemplo, uma ação cível com pedido de indenização por danos morais se mostrava a solução jurídica mais correta.

Dois dias após a decisão do governo brasileiro, a permanência do jornalista foi permitida por um habeas corpus impetrado no STJ, em que foi concedido o salvo-conduto pelo Ministro Peçanha Martins. Segundo o voto do Ministro, a decisão do Ministério da Justiça foi ilegal. De forma interessante, e ainda válida para os dias atuais, afirma que:

É que no Estado Democrático de Direito não se pode submeter a liberdade às razões de conveniência ou oportunidade da Administração. E aos estrangeiros, como aos brasileiros, a Constituição assegura direitos e garantias fundamentais descritos no art. 5º e seus incisos, dentre eles avultando a liberdade de expressão

Portanto, uma vez mais, iguala os direitos dos brasileiros natos com migrantes, além de denunciar os perigos da interpretação dos dispositivos do ordenamento jurídico migratório ao bel-prazer da Administração, ainda que o governo brasileiro tenha, posteriormente, desistido de continuar o procedimento de expulsão.

4.2 A Lei de Migração brasileira: vetos, a Lei e o decreto regulamentador

Após mais de três anos de trâmite, em 25 de maio de 2017, a nova Lei de Migração foi sancionada com vetos pelo então Presidente da República, Michel Temer. A situação da legislação se mostra confusa desde sua aprovação: se, por um lado, têm-se avanços em matérias de direitos humanos com a proteção e efetividade de direitos e garantias; por outro, a versão final sofreu alterações consideráveis daquelas propostas democraticamente formadas pelo COMIGRAR, além de diversos vetos em temas-chaves de direitos humanos com o reforço da ideia de soberania estatal solitária.

Destaca-se, para o propósito deste trabalho, o veto ao conceito de migrante, que originalmente o estendia para abranger aquele que residia em território transfronteiriço.²⁹³

²⁹³ “O dispositivo estabelece conceito demasiadamente amplo de migrante, abrangendo inclusive o estrangeiro com residência em país fronteiriço, o que estende a todo e qualquer estrangeiro, qualquer que seja sua condição migratória, a igualdade com os nacionais, violando a Constituição em seu artigo 5º, que estabelece que aquela igualdade é limitada e tem como critério para sua efetividade a residência do estrangeiro no território nacional”. In: BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.445, de 24 de

Concordamos com Pereira, Sousa e Mont'Alverne²⁹⁴ que o veto constitui afronta ao direito à circulação do Mercosul, além de afrontar as características do residente transfronteiriço, pois, mesmo que conservem suas residências em países de origem, há alto intercâmbio econômico, social e político com o Brasil.

No mais, embora a Constituição, de fato, restrinja o alcance dos direitos aos migrantes com autorização de residência, o Supremo Tribunal Federal interpreta o dispositivo de maneira mais ampla, estendendo os direitos e garantias processuais a todos os migrantes, irregulares ou não,^{295_296} inclusive visitantes.

Percebe-se com os vetos o retorno ao velho binarismo de princípios da defesa do interesse nacional, seja na figura da soberania ou do trabalhador. Ilustrativo disso foi a previsão vetada do parágrafo 4 do artigo 2º que possibilitava ao migrante exercer cargo, função e emprego público.²⁹⁷ Outro exemplo é o veto do art. 44 que possibilitava a dispensa do visto por

maio de 2017. **Diário Oficial da União**. Institui a Lei de Migração. Brasília, 2017a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 15 ago. 2021.

²⁹⁴ PEREIRA, F. H. L. C. S.; SOUSA, L. M.; MONT'ALVERNE, T. C. F. Direito à saúde para o residente fronteiriço: desafio para a integralidade do SUS. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, p. 35-55, 2018.

²⁹⁵ A título de exemplo, o julgamento do HC 94.016: "EMENTA: "HABEAS CORPUS" - SÚMULA 691/STF - INAPLICABILIDADE AO CASO - OCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE AFASTA A RESTRIÇÃO SUMULAR - ESTRANGEIRO NÃO DOMICILIADO NO BRASIL - IRRELEVÂNCIA - CONDIÇÃO JURÍDICA QUE NÃO O DESQUALIFICA COMO SUJEITO DE DIREITOS E TITULAR DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS - PLENITUDE DE ACESSO, EM CONSEQÜÊNCIA, AOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA DA LIBERDADE (...). - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido o afastamento, "hic et nunc", da Súmula 691/STF, em hipóteses nas quais a decisão questionada divirja da jurisprudência predominante nesta Corte ou, então, veicule situações configuradoras de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade. Precedentes. Hipótese ocorrente na espécie. O SÚDITO ESTRANGEIRO, MESMO AQUELE SEM DOMICÍLIO NO BRASIL, TEM DIREITO A TODAS AS PRERROGATIVAS BÁSICAS QUE LHE ASSEGUREM A PRESERVAÇÃO DO "STATUS LIBERTATIS" E A OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS". - O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do "habeas corpus", em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. - A condição jurídica de não-nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes. - Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94016, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/09/2008, DJe-038 DIVULG 26-02-2009 PUBLIC 27-02-2009 EMENT VOL-02350-02 PP-00266 RTJ VOL-00209-02 PP-00702. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629934>. Acesso em: 12 mai. 2021.

²⁹⁶ A igualdade entre brasileiros e imigrantes não foi uma novidade da Constituição de 1988 e consta, inclusive, na Constituição de 1891, de acordo com Anna Maria Villela. Rui Barbosa foi um dos autores a escrever sobre a igualdade entre nacionais e imigrantes já nessa época Ver: VILLELA, Anna Maria. Um privilégio de nacionalidade: o Direito Internacional Privado na Constituição Brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, n. 65, a. 17, 1980, pp. 131-146.

²⁹⁷ "Os dispositivos possibilitariam o exercício do cargo, emprego ou função pública por estrangeiro não residente, em afronta à Constituição e ao interesse nacional. Além disso, trata em diploma relativo ao tema migratório de matéria reservada à regulação de provimento de cargo público, cuja iniciativa é privativa do Presidente da

comunicação diplomática ou tratado.²⁹⁸ Dessa forma, o veto enseja o não cumprimento de tratados bilaterais de cooperação e de direitos humanos.

Soma-se à lista o dispositivo vetado do parágrafo 10 do art. 14, acerca da possibilidade de regulamentação de outras hipóteses para a concessão do visto temporário.²⁹⁹ Isto é, a lista de hipóteses de vistos temporário é fechada. Parece-nos que o argumento utilizado é contrário ao mundo globalizado, em que os desastres naturais³⁰⁰ ocorrem em intensa escala, e as relações sociais são cada vez mais dinâmicas, a vedação à concessão de vistos temporários pode causar prejuízos futuros para a governança migratória, em casos de urgência.

Houve um veto para a questão do direito de família,³⁰¹ que incide no direito internacional privado, demonstrando posição retrógrada sobre o tema, pois, o dispositivo, caso sancionado, possibilitava a concessão de vistos e autorização residencial para fins de reunião familiar para além dos tradicionais critérios biológicos de paternidade, em consonância com normas internacionais e convencionais, tanto de direitos humanos quanto de DIPr.

Em relação ao argumento utilizado, o próprio ordenamento jurídico já possui mecanismos para a prevenção e repressão do sequestro ou tráfico internacional de crianças, inclusive a partir da ratificação de tratados internacionais (consideravelmente, a Convenção de Palermo). Outrossim, o veto é genérico e não especifica os possíveis prejuízos à criança, na contramão do princípio do seu melhor interesse e o da unidade familiar.³⁰²

República, a teor do artigo 61, § 1º, II, 'c', da Constituição. Além disso, reserva a edital de concurso a definição, concessão ou restrição de direitos, o que configura-se inadequado à sua função de apenas direcionar a fiel execução da lei para acesso a carreiras públicas.” In: BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Brasília, 2017a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 15 ago. 2021.

²⁹⁸ “O dispositivo fragiliza o exercício constitucional do Poder de Polícia brasileiro pelas instituições de natureza migratória, ao esvaziar indevidamente a discricionariedade para exercício da soberania nacional.” In: Idem.

²⁹⁹ Razões do veto: “Não se afigura adequado e recomendável permitir-se que o relevante instituto do visto temporário possa ter novas hipóteses, além das definidas nesta lei, criadas por regulamento, com risco de discricionariedade indevida e com potencial de gerar insegurança jurídica.” In: BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Brasília, 2017. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/msg/vep-163.htm. Acesso em: 11 mai. 2021.

³⁰⁰ Frise-se que não existe ainda, no Direito Internacional, a figura do refugiado ambiental, embora tal construção deva ocorrer nos próximos anos.

³⁰¹ Razões do veto: “Os dispositivos poderiam possibilitar a entrada de crianças sem visto, acompanhada de representantes por fatores de sociabilidade ou responsável legal residente e, com isso, facilitar ou permitir situações propícias ao sequestro internacional de menores”.

³⁰² VEDOVATO, L. R.; ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz. Os vetos à Nova Lei de Migração Brasileira A interpretação como um passo necessário. In: Rosana Baeninger; Julia Bertino Moreira; Luis Renato Vedovato. (Org.). **Migrações Sul - Sul**. 1ª ed. Campinas: UNICAMP - Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA), 2018, v. 1, p. 597-608.

Embora a Lei de Migração deva ser festejada pelo avanço em relação ao marco legal anterior, pela primazia dos direitos humanos dessa população vulnerável, cerca de 5 anos após a sua edição, nota-se, em um período de instabilidade política e democrática, uma crescente tensão interna entre a política e a proteção aos direitos humanos. Este fato evidenciou-se nos vetos, no decreto regulamentador e nas demais normativas posteriores, as quais demonstram uma tentativa de solapar as conquistas e os potenciais emancipatórios da nova legislação.

Neste esteio, Sartoretto e Baggio argumentam acerca da limitação do texto da Lei, que sofreu diversas modificações feitas pelo poder discricionário, cujo exercício se deu, em determinados casos, no limite entre o aceitável e o autoritário. Por isso, concluem que os vetos são a expressão da continuidade da ideologia da segurança nacional, que indica a dificuldade da nova lei em se colocar como o marco legal capaz de superar a anterior dinâmica estatal.³⁰³

A Lei de Migração contém 10 capítulos e divide-se em 125 artigos. Teve a *vacatio legis* de 180 dias, portanto, vigora desde novembro de 2017. A preocupação com o distanciamento ao Estatuto do Estrangeiro percebe-se desde seu artigo inicial, pela não utilização da terminologia “estrangeiro” e, sim, migrante, a qual abarca o imigrante, emigrante e o apátrida.

A Lei de Migração busca adequar-se aos ditames constitucionais de respeito à dignidade da pessoa humana, e a busca de uma sociedade fraterna e solidária. Nesse sentido, Clève e Lorenzetto³⁰⁴ afirmam que a tolerância, mesmo que não expressamente positivada na Carta Cidadã, está prevista como clausula superconstitucional nos objetivos da República brasileira.³⁰⁵

A legislação atual insculpiu entre seus princípios e objetivos a primazia dos direitos humanos, entendido no caso migratório, como a aplicação da legislação mais benéfica ao imigrante, na situação de conflito entre normativa estatal e internacional (em decorrência do princípio *pro persona*).

Os artigos 3º e 4º da Lei de Migração parecem ser as vigas de sustentação de toda a normativa, pois, por meio deles, são estabelecidos os direitos assegurados aos migrantes, além

³⁰³ BAGGIO, Roberta Camineiro; SARTORETTO, Laura. Madrid. O processo de construção do novo marco legal migratório no Brasil: entre a ideologia da segurança nacional e o direito humano a migrar. **Revista direitos fundamentais & democracia (UniBrasil)**, v. 24, p. 27-59, 2019.

³⁰⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Notas sobre a tolerância: fundamentos, distinções e limites. In: COSTA, D. C. G. da; FONSECA, R. S. da; BANHOS, S. S.; CARVALHO NETO, T. V. de. (Org.). **Democracia, Justiça e Cidadania: desafios e perspectivas – Homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso**. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, v. 2, p. 115-131

³⁰⁵ A tolerância foi discutida, em termos filosóficos e jusprivatistas, com maiores detalhes no segundo capítulo deste trabalho.

dos princípios norteadores da política migratória brasileira. Então, tem-se, a partir de tais dispositivos, as diretrizes para a realização de uma renovada hermenêutica acerca de temas migratórios. Cita-se que os princípios e direitos estabelecidos são *numerus apertus*, portanto, não exaustivos, cabendo a aplicação de outros positivados em decorrência de tratados internacionais, por exemplo.

Os princípios que devem guiar são: a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; repúdio e prevenção à xenofobia; a não criminalização da migração; promoção da entrada regular; não discriminação em virtude dos critérios adotados para a admissão no território nacional³⁰⁶; acolhida humanitária; desenvolvimento econômico, social, turístico e cultural; direito à reunião familiar; igualdade de tratamento e de oportunidade; inclusão social, laboral e produtiva; acesso a serviços, programas e benefícios sociais; fomentação do diálogo social; fortalecimento da integração dos povos da América do Sul; cooperação internacional com países de origem, trânsito e de destino; proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente; repúdio à práticas de deportação coletiva.³⁰⁷

Entretanto, existe um aparente conflito de normas entre o princípio da não criminalização e a adição do delito de promoção da imigração ilegal, o qual responsabiliza os denominados “coiotes”, isto é, aqueles que obtêm vantagens econômicas com a entrada de migrantes em territórios nacionais de forma irregular, seja através de travessia em uma área que não há controle fronteiro ou mediante o emprego de meios fraudulentos, como a apresentação

³⁰⁶ Importante mencionar que, pelo menos desde 2002, na Opinião Consultiva 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o princípio da não discriminação, especialmente em relação aos migrantes, é norma de *ius cogens*. Segundo a Corte, em síntese: a) os Estados têm a obrigação de respeitar e garantir os direitos fundamentais com a adoção de medidas positivas; b) o descumprimento acarreta a responsabilização internacional; c) o princípio da igualdade e da não discriminação possui caráter fundamental tanto no Direito Internacional quanto no interno; d) o princípio faz parte do *ius cogens*, pois é aplicável a todos os Estados, independentemente de serem signatários de tratado internacional ou não; e) o caráter de *ius cogens* gera obrigação *erga omnes* quanto às obrigações dos Estados; f) o respeito ao direito ao devido processo legal deve ser observado em quaisquer situações, independente da situação migratória; g) a situação migratória não impede a efetividade dos direitos humanos, inclusive àqueles de natureza trabalhista. In: IACHR. Advisory opinion oc-18/03 of september 17, 2003, requested by the united mexican states: juridical condition and rights of undocumented migrants. 2003a. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.pdf. Acesso em: 13 out. 2020. Quanto ao caráter de *ius cogens*,

João José Turri Brufatto e Cynthia Soares Carneiro asseveram que o princípio deve ser aplicado aos migrantes em situação de irregularidade administrativa. In: BRUFATTO, João José Turri; CARNEIRO, Cynthia Soares. Estudo de caso dos migrantes não documentados do parecer consultivo 18/03 na corte interamericana de direitos humanos. **Revista Vertentes do Direito**, v. 7, p. 1-26, 2020.

³⁰⁷ BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Presidência da República, Brasília, DF, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 20 mai. 2021.

de documentos falsificados.³⁰⁸ O tipo penal inclui, também, o favorecimento da entrada de brasileiro em país estrangeiro e a saída irregular de migrante do Brasil para países estrangeiros, que incorrem na mesma pena.

O aparente conflito de normas é inexistente, porque, o delito em questão não criminaliza os fluxos migratórios, e sim, aqueles que prestam assistência com a finalidade de obter vantagem econômica. Desse modo, não criminaliza a assistência oferecida de forma gratuita, os denominados “delitos de solidariedade”.

Contudo, Deilton Ribeiro Brasil e Regina Cândido Lima e Silva Santos demonstram que, apesar de o delito estar em conformidade, inclusive, com os tratados internacionais, mais notadamente, o Protocolo relativo ao combate ao tráfico de migrantes por via terrestre, marítima e aérea, esse é prejudicial para o migrante, em um processo de estigmatização. A criação do tipo penal associa a imagem do migrante ao crime, em uma clara política “crimigratória”, o que ocasiona o deslocamento dos debates da seara da proteção aos direitos humanos para aquele da segurança pública.³⁰⁹

Pela primeira vez, a Lei de Migração elencou uma série de direitos exemplificativos os quais ao migrante devem ser efetivados (art. 4º): direitos civis, sociais, econômicos e culturais; liberdade de movimentar-se dentro do território nacional; à reunião familiar; sujeitos à medida de proteção de testemunhas e vítimas em caso de crimes e/ou violação de direitos; autorização para transferência de rendas a outras pessoas localizadas em outros países – que é muito importante para a subsistência familiar; reunião; associação (inclusive sindical); acesso ao serviço público de saúde (leia-se SUS); acesso à assistência e previdência social; acesso à justiça e assistência jurídica gratuita; educação pública; cumprimento de obrigações trabalhistas; isenção de taxas, em caso de hipossuficiência; a abertura de conta bancária; direito de sair, permanecer e ingressar no território nacional.³¹⁰

³⁰⁸ Art. 232-A. Promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a entrada ilegal de estrangeiro em território nacional ou de brasileiro em país estrangeiro. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. § 1º Na mesma pena incorre quem promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a saída de estrangeiro do território nacional para ingressar ilegalmente em país estrangeiro. § 2º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se: I - o crime for cometido com violência; ou II - a vítima é submetida a condição desumana ou degradante. § 3º A pena prevista para o crime será aplicada sem prejuízo das correspondentes às infrações conexas. In: BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 ago. 2021.

³⁰⁹ SANTOS, Regina. Cândido. Lima. e Silva.; BRASIL, Deilton. Ribeiro. O tipo penal brasileiro de promoção de migração ilegal e o princípio da não criminalização da mobilidade humana. **Revista de Direito Internacional**, v. 17, p. 331-350, 2020.

³¹⁰ Idem

Há uma clara necessidade de mudança da interpretação da condição jurídica do migrante, a ser realizada, inclusive, pelos tribunais nacionais. Agora a condição jurídica é regida por normas de direitos humanos e, não mais, normas discriminatórias e racistas, como demonstra a história do direito migratório brasileiro.

Mas, após a entrada em vigor da Lei de Migração, visualiza-se esforços na tentativa de minar os avanços da legislação. Os mais notáveis são o decreto regulamentador do presidente Michel Temer e a Portaria 666 do Ministério da Justiça e Segurança Pública³¹¹, editada durante o governo de Jair Bolsonaro.

O decreto regulamentador (Decreto 9.199 de novembro de 2017) é mais extenso que a própria Lei de Migração e possui diversos dispositivos contrários, que deverão ser examinados pelo Supremo Tribunal Federal através do controle concentrado de constitucionalidade (e convencionalidade).

Para fins do Direito Internacional Privado, o sistema para obtenção de vistos continua altamente burocratizado e dispendioso para o migrante, com altos custos monetários para a sua aprovação e emissão.³¹²

Confirma-se a tendência da Lei de Migração de ser o controle do fluxo migratório tarefa da Polícia Federal,³¹³ encarregada da regularização da situação migratória, e responsável pelos processos de identificação civil do migrante, com a emissão da Carteira de Registro Nacional Migratório. Assim, não apenas atua nas fronteiras, mas, inclusive, quando o migrante já está inserido na sociedade brasileira.

O processo de registro de identificação civil dos migrantes também é burocratizado, já que o registro deve ser solicitado em unidades da Polícia Federal que haja atendimentos a migrantes (capitais e grandes centros), o qual implica, em muitos casos, o deslocamento oneroso do migrante recém-chegado que já se encontra em situação de vulnerabilidade e de busca de adaptação à comunidade nacional.

³¹¹ A Portaria 666 foi editada pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública em julho de 2019. A normativa dispunha acerca do impedimento de ingresso e a possibilidade de deportação sumária em caso de “pessoa perigosa”. Atente-se, novamente, pela utilização de conceito com alta margem de discricionariedade na sua interpretação. A normativa concedia o prazo de quarenta e oito horas para esta pessoa sair do país. Por pressão da sociedade civil, acadêmicos e ativistas de direitos humanos a portaria foi revogada em questão de dias. Entretanto, Thiago Oliveira Moreira e Tony Robson da Silva demonstraram a inconveniência da portaria, se esta prosperasse. Ver: MOREIRA, Thiago Oliveira; Tony Robson da Silva. A [In]Convencionalidade da Regulação Migratória Brasileira. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos (UFRN)**, v. 13, p. 5-20, 2021.

³¹² O sistema de vistos está disposto em mais de 50 artigos do decreto regulamentador, além de outras legislações específicas e esparsas.

³¹³ Art 58 a 85 do decreto regulamentador 9.199/2017.

O registro é baseado em dados biográficos e biométricos. Todavia, em caso de inconsistência desses dados, solicita-se aos migrantes a apresentação de documentos, como certidão de nascimento. Por muitas vezes, o migrante não possui tais documentos, seja pela situação em que se encontra (os perdeu durante o trajeto, por exemplo), ou por não ter as condições materiais de tê-los. Tal previsão, assim, pode obstar o registro do migrante e o consequente exercício dos seus direitos.

Por sua vez, foi bem no procedimento da autorização de residência, a qual pode ser concedida independentemente da situação migratória, desde que preenchidas as condições estabelecidas em Lei.³¹⁴

Então, temos a aporia dos direitos humanos do novo ordenamento jurídico posta, em que um órgão com passado autoritário e com funções não humanitárias fica responsável pela organização da condição jurídica do migrante, que é a basilar para a proteção e efetividade dos direitos previstos na própria legislação. A Polícia Federal, em mais de quarenta anos que é responsável pela fiscalização migratória, não se mostrou hábil para a efetivação dos direitos humanos, por possuírem um treinamento voltado para questões de segurança nacional e crimes transnacionais, conforme os exemplos citados neste trabalho.

Embora bem inovadora a possibilidade de exercício da cidadania pelo migrante que se encontra em território nacional, para que tenham, ao mínimo, a possibilidade de serem vistos socialmente, diversos poderes buscam solapar essa conquista, para que o primeiro dos direitos na locução *arendtiana* de “direito a ter direitos” volte a ser violado.

³¹⁴ Art. 123 do decreto regulamentador 9.199/2017

CONCLUSÃO

A presente pesquisa com seus objetivos e a hipótese delineada foram alcançadas, embora alguém possa afirmar de uma forma não usual. Em primeiro lugar, partiu-se de uma análise macro, com a demonstração da incapacidade do atual modelo de Estado-nação, baseado em conceitos como fronteiras, soberania estatal e territorialidade na garantia e efetividade dos direitos humanos dos migrantes. Embora em escala menor, já neste momento, discorreu acerca das especificidades do Estado brasileiro que concorrem para tal incapacidade – o que foi mais bem analisado nos últimos dois capítulos deste trabalho.

Destarte, necessário (re)pensar a cidadania para além dos critérios tradicionais de nacionalidade e o afastamento das tipologias tradicionais do conceito de cidadão. Para tanto, valemo-nos das contribuições do cosmopolitismo jurídico – com o lembrete das ressalvas feitas na Introdução – como o arcabouço teórico-normativo mais hábil para a proteção dos direitos humanos dos migrantes. Neste cenário, três teóricos foram da mais vital importância: Immanuel Kant, Hannah Arendt e Seyla Benhabib.

O ponto de partida foi os escritos políticos de Immanuel Kant acerca do cosmopolitismo jurídico, que é a base de toda esta corrente teórica. Mesmo que Kant tenha construído sua teoria com limitações, como o uso de tipologias tradicionais tais como “cidadão” e “estrangeiro”, as suas premissas continuam atuais mais de dois séculos após os seus escritos. O Estado-nação, entendido como Estado constitucional de Direito, se mostra incapaz da eficaz proteção aos direitos dos migrantes.

A premissa kantiana está contida na teoria de direitos de Hannah Arendt, que relembramos era uma ávida leitora do primeiro, tendo inclusive publicado livros e realizado cursos ao longo da sua vida sobre o seu pensamento. A sua construção de “direito a ter direitos” como o único direito humano possível é capaz de gerar a abertura normativa necessária para o exercício da cidadania cosmopolita, além de contribuição em diversas áreas da teoria geral do Direito, como a soberania popular, a utilização de Decretos como forma de legislação, e a própria ética do discurso. Além disso, seção própria tratou do evento da natalidade, que se mostrou como um possível fundamento aos próprios direitos humanos, desviando da busca de sua fundamentação no Direito Natural e Positivo, em concepções como da dignidade da pessoa humana. Este tema nos parece ser negligenciado na literatura jurídica, especialmente a arendtiana, de quem trata da noção do “direito a ter direitos”.

E na tentativa (bem-sucedida, ao nosso ver) de aliar essas duas últimas correntes de pensamento está a teoria do Direito de Seyla Benhabib, em uma reinterpretação para o século XXI, através das noções de “políticas jurisgenerativas” e “iterações democráticas”. Benhabib, neokantiana e aluna de Habermas, demonstra como ocorre o declínio da soberania e o exercício dos direitos humanos na era da moderna globalização, com a consequente construção de uma cidadania cosmopolita voltada à inclusão do Outro. Tentou-se a aplicação de sua teoria no ordenamento jurídico brasileiro, mais notavelmente no processo legislativo da Lei de Migração de 2017. Essas três correntes doutrinárias foram de vital importância para o desenvolvimento dos três capítulos seguintes.

Existem poucas disciplinas das Ciências Jurídicas que abracem o cosmopolitismo de forma mais robusta que o Direito Internacional Privado. Mesmo que de forma incompleta e breve, apontamos os caminhos para que tal disciplina seja o enfoque de uma nova ética das migrações com características de respeito à alteridade e à hospitalidade. A aplicação direta dos direitos humanos na centenária disciplina é tardia e ainda parece ter certa resistência. Uma nova ética das migrações deve perpassar, necessariamente, pelo DIPr.

Para além da condição jurídica do “estrangeiro”, ramos clássicos desse saber jurídico, como o conflito de leis e a ordem pública se mostram os mais hábeis para o gerenciamento dos fluxos migratórios na época da globalização econômica.

Diante deste entroncamento, o cenário brasileiro se mostrou de difícil verificação científica. Se é verdade que a nova Lei de Migração nacional é inovadora em relação ao respeito aos direitos humanos dos migrantes, de outra maneira, o arcabouço policial, administrativo e normativo do gerenciamento de tais fluxos é o mesmo do período da ditadura militar. Portanto, as dúvidas a respeito da efetividade dos direitos dos migrantes em contraposição a tal sistema se mostram ainda válidas. É neste sentido que as contribuições do cosmopolitismo jurídico se mostram da maior grandeza, pois, por exemplo, como é possível que o legislador nacional tenha rechaçado a demanda dos próprios migrantes em relação à substituição da Polícia Federal por um órgão com tratamento humanitário?

Neste sentido, pode-se ainda perguntar se esta pesquisa apresentou resultados satisfatórios, pois as aspirações cosmopolitas em relação ao direito migratório brasileiro parecem esbarrar naquilo que nomeamos de governança administrativa migratória nacional, formada, principalmente, pela Polícia Federal e o CNIg. Mas o fato é que o enfoque dado foi mais em demonstrar as aspirações cosmopolitas do processo legislativo em si e às demandas dos migrantes, mesmo que essas não tenham sido atendidas em sua plenitude. Mas, de fato, o

resultado do processo legislativo em si foi contraditório em termos de abertura ao cosmopolitismo.

Para responder a tais indagações, a pesquisa percorreu as normativas em prática durante o período da ditadura militar brasileira (1964-1985), em que se constatou o estabelecimento do migrante como o “inimigo” a ser combatido com a culminação do Estatuto do Estrangeiro (1980), dispositivo que perdurou até o ano de 2017, embora seus princípios ainda vivam na mentalidade do Poder Executivo brasileiro.

A conclusão parcial dessa seção foi que se perdeu uma gigantesca oportunidade durante a redemocratização, porque a própria Constituição Federal de 1988 proclama ser a Polícia Federal o órgão exclusivo que realiza a fiscalização das fronteiras nacionais. Por mais, as estruturas administrativas do Conselho Nacional de Migração são as mesmas desde a década de 1980. Isto provou a inadequação do Estado brasileiro com o Direito Internacional dos Direitos Humanos até a entrada em vigor da nova legislação federal em 2017.

Por fim, a investigação se centrou no processo legislativo da nova Lei de Migração brasileira, em que explicitou os diversos retrocessos em matéria de direitos humanos nos vetos presidenciais, no decreto regulamentador e outras normativas em vigor pós-2017. Mas, por outro lado, delineou os avanços conquistados com a nova legislação, como os direitos declarados e deveres estatais, afora as normas que possuem verdadeiro conteúdo cosmopolita, para que o que fora apresentado fosse um todo coeso.

Óbvio que o presente trabalho não é um fim em si mesmo e outras pesquisas futuras se mostram prementes: a análise jurisprudencial dos tribunais superiores nacionais após a entrada em vigor da nova legislação, a situação dos migrantes e a camada de proteção do ordenamento jurídico frente à pandemia do coronavírus (covid-19), pesquisa empírica acerca da percepção dos migrantes sobre a efetividade da garantia dos seus direitos humanos, dentre outras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AAS, Katja Franko. The ordered and the bordered Society: migration control, citizenship and the northern penal state. In: AAS, Katja Franko; BOSWORTH, Mary (Orgs.). **The borders of punishment: migration, citizenship, and social exclusion**. First edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2013, p. 21-39.
- ABIZADEH, Arash. Democratic Theory and Border Coercion: No Right to Unilaterally Control Your Own Borders. **Political Theory**, v. 36, n. 1, p. 37–65, 2008.
- ACHIUME, E. Tendayi. Migration as decolonization. **Stanford Law Review**, v. 71, n. 6, p. 1509–1574, 2019.
- AGUIAR, Odílio. Alves. Hannah Arendt e o Direito (parte ii): o outlaw e o direito a ter direitos. **Kriterion**, v. 60, p. 403-415, 2019.
- ANGHIE, Antony **Imperialism, Sovereignty and the making of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- ANGHIE, Antony. The evolution of international law: Colonial and postcolonial realities. **Third World Quarterly**, v. 27, n. 5, p. 739–753, 2006.
- APPIAH, Kwame Anthony. Patriotas cosmopolitas. Revista. brasileira. Ciências. Sociais. 13 (36), Fev 1998, Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-69091998000100005>. Acesso em: 14 jun. 2021.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007.
- AGAMBEN, Giorgio. We refugees. **Symposium: A Quarterly Journal in Modern Literatures**, v. 49, n. 2, p. 114–119, jun. 1995.
- AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer, o poder soberano e a vida nua I**. 2. Reimpr ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2007, 207p
- AGAMBEN, Giorgio. **Meios sem fim**: notas sobre a política. Tradução de Davi Pessoa. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.
- ARAÚJO, Nádia de. **O direito internacional privado e a proteção da pessoa humana: evolução do método conflitual e a observância dos direitos fundamentais**. In: COMITÊ JURÍDICO INTERAMERICANO DA OEA. XXVIII Curso de Direito Internacional Privado. Washington: Secretaria Geral, 2002, p. 461-547.
- ARCHIBUGI, Daniele. Immanuel Kant, Cosmopolitan Law and Peace. **European Journal of International Relations**, p. 429-456, 1995.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 12ª ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2014.
- ARENDT, Hannah. **Sobre a revolução**. 1ª reimpr. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo e totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 369-412.
- ASSY, Bethânia. A. A Moldura de uma Existência Cosmopolita: Cultivo de Sentimentos Públicos uma Leitura Arendtiana. **Revista Direito e Práxis**, v. 3, p. 53-72, 2012.
- BAGGIO, Roberta Camineiro; SARTORETTO, Laura. Madrid. O processo de construção do novo marco legal migratório no Brasil: entre a ideologia da segurança nacional e o direito

humano a migrar. **Revista direitos fundamentais & democracia (UniBrasil)**, v. 24, p. 27-59, 2019.

BALIBAR, Étienne. **Equaliberty**: political essays. Durham: Duke University Press, 2014.

BARBOSA, Jonnefer; A crítica da violência de Walter Benjamin: implicações histórico-temporais do conceito de reine Gewalt. **Revista de Filosofia: Aurora (PUCPR. Impresso)**, v. 25, p. 151-169, 2013.

BARBOUR, Charles. Between politics and the law: Hannah Arendt and the subject of rights. In: GOLDONI, M.; MCCORKINDALE, C. (Orgs). **Hannah Arendt and the law**. Oxford; Portland, Or: Hart Publisher, 2012, p. 307-320.

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

BEITZ, Charles R. Rawls's Law of Peoples. **Ethics**, v. 110, n. 4, p. 669–696, 2000.

BENJAMIN, Walter. **O anjo da história**. Organização e tradução de João Barrento, 2ª ed, 4ª reimp, Belo Horizonte; Editora Autêntica, 2020.

BENHABIB, Seyla. **The rights of others**: aliens, residents, and citizens. First edition ed. New York: Cambridge University Press, 2004.

BENHABIB, Seyla. **Dignity in adversity**: human rights in troubled times. Cambridge, UK; Malden, MA: Polity, 2011.

BENHABIB, Seyla. The End of the 1951 Refugee Convention? Dilemmas of Sovereignty, Territoriality, and Human Rights. **Jus Cogens**, v. 2, n. 1, p. 75–100, 2020.

BENHABIB, Seyla. The personal is not political. **Boston Review**, 1999. Disponível em: <http://bostonreview.net/books-ideas/seyla-benhabib-personal-not-political>. Acesso: 01 jun. 2021.

BENHABIB, Seyla. The legitimacy of human rights. **Daedalus**, v. 137, n. 3, p. 94–104, 2008.

BENHABIB, Seyla. The Law of Peoples, Distributive Justice, and Migrations. **Fordham Law Review**, v. 72, n. 5, p. 1761–1787, 2004.

BENHABIB, Seyla. Democratic iterations. The local, the national, and the global. In: POST, Robert; BENHABIB, Seyla. **Another cosmopolitanism**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2006. (The Berkeley Tanner lectures).

BENHABIB, Seyla. O declínio da soberania ou a emergência de normas cosmopolitanas? Repensando a cidadania em tempos voláteis. **Civitas - Revista de Ciências Sociais**, v. 12, n. 1, 2012. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/11146>. Acesso em: 1 jul. 2021.

BENHABIB, Seyla. **Situating the Self**: Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics. Cambridge: Polity Press, 1992

BENHABIB, Seyla. **Dignity in adversity**: human rights in troubled times. Cambridge, UK; Malden, MA: Polity, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. "O Direito Constitucional Passa, o Direito Administrativo Permanece": A Persistência da Estrutura Administrativa de 1967. In: Edson Teles; Vladimir Safatle. (Org.). **O Que Resta da Ditadura**: A Exceção Brasileira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010, v., p. 90.

BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. **Southern California Law Review**, v. 80, p. 1155–1238, 2007.

BERMAN, Paul Schiff. Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interests in a Global Era. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 153, n. 6, p. 1819, 2005.

BERNARDO, Fernanda. Por um novo espírito alter--mundialista (i) Do cosmopolitismo (Kant) à «nova internacional» (Derrida). **Revista Filosófica de Coimbra**, v. 29, n. 57, p. 19–58, maio 2020. Disponível em: https://impactum-journals.uc.pt/rfc/article/download/0872-0851_57_2/6281/32133. Acesso em: 30 mai. 2021.

BERNARDO, Fernanda. Para além do Cosmopolitismo kantiano: Hospitalidade e “altermundialização” ou a Promessa da “nova Inter-nacional” democrática de Jacques Derrida. **Revista Portuguesa de Filosofia**, v. 61, p. 951–1005, 2005. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40338198>. Acesso em: 31 mai. 2021.

BESSON, Samantha. The bearers of human rights’ duties and responsibilities for human rights: a quiet (r)evolution? **Social Philosophy and Policy**, v. 32, n. 1, p. 244–268, 2015

BIRMINGHAM, Peg. **Hannah Arendt & human rights: the predicament of common responsibility**. Bloomington: Indiana University Press, 2006.

BIRMINGHAM, Peg. On action and the law. In: YEATMAN, A; HANSEN, P; ZOLKOS, M; BARBOUR, C (Orgs). **Action and appearance: ethics and the politics of writing in Hannah Arendt**. New York: Continuum, 2011, p. 103-117.

BOHMAN, James. Citizens and persons: legal status and human rights in Hannah Arendt. In: GOLDONI, M.; MCCORKINDALE, C. (Orgs). **Hannah Arendt and the law**. Oxford; Portland, Or: Hart Publisher, 2012, p. 321-334.

BORGES, Maria. Direito cosmopolita e direito dos refugiados em Kant. **ETHIC@ (UFSC)**, v. 17, p. 144-153-153, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/1677-2954.2020v19n2p268>. Acesso em: 04 jun. 2021.

BORREN, Marieke. Towards an Arendtian Politics of in/visibility. **Ethical Perspectives**, n. 2, p. 213–237, 2008.

BOSNIAK, Linda. **The citizen and the alien: dilemmas of contemporary membership**. Princeton, N.J: Princeton University Press, 2006.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de A. A construção de uma identidade jurídica: a ausência de um Estado presente. **Duc in Altum Cadernos de Direito**, v. 5, p. 95, 2013.

BRAGATO, F. F.; WILLIG, J. R. A (des)construção do direito internacional dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 39, p. 177-197, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: **Presidência da República**, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 out 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94016, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/09/2008, DJe-038 DIVULG 26-02-2009 PUBLIC 27-02-2009 EMENT VOL-02350-02 PP-00266 RTJ VOL-00209-02 PP-00702. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629934>. Acesso em: 12 mai. 2021.

BRASIL. LEI No 6.683, DE 28 DE AGOSTO DE 1979. Concede anistia e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm#:~:text=1%C2%BA%20%C3%89%20concedida%20anistia%20a,de%20funda%C3%A7%C3%B5es%20vinculadas%20ao%20poder. Acesso em: 06 abril 2021.

BRASIL. Comissão de Especialistas criada pelo Ministério da Justiça pela Portaria nº 2.162/2013. Anteprojeto de Lei de Migrações e promoção dos direitos dos migrantes no Brasil. Brasília.

BRASIL. Decreto-Lei nº 314, de 13 de março de 1967. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0314.htm#:~:text=Define%20os%20crimes%20contra%20a,social%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.&text=Art.,-1%C2%BA%20T%C3%B4da%20pessoa&text=2%C2%BA%20A%20seguran%C3%A7a%20nacional%20%C3%A9,antagonismos%20tanto%20internos%20como%20externos. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: 21 mar. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 417, de 10 de janeiro de 1969. Dispõe sobre a expulsão de estrangeiros. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0417.htm#:~:text=1%C2%BA%20%C3%89%20pass%C3%ADvel%20de%20expuls%C3%A3o,a%20conveni%C3%A2ncia%20ou%20aos%20inter%C3%A2s. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 941, de 13 de outubro de 1969. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0941.htm#:~:text=Define%20a%20situa%C3%A7%C3%A3o%20jur%C3%ADdica%20do,Brasil%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.&text=1%C2%BA%20Todo%20estrangeiro%20poder%C3%A1%20entrar,condi%C3%A7%C3%B5es%20estabelecidas%20neste%20Decreto%2Dlei. Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL. Decreto nº 66.689, de 11 de junho de 1970. Regulamenta o Decreto-lei nº 941, de 13 de outubro de 1969, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-66689-11-junho-1970-408279-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=%C3%8Aste%20Decreto%20regula%20a%20entrada,estrangeiro%20e%20a%20respectiva%20naturaliza%C3%A7%C3%A3o.> Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Portaria n. 2162/2013, do Ministério da Justiça. **Diário Oficial da União**. Disponíveis em <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/10947.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. **Presidência da República**, Brasília, DF, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 ago. 2021.

BRASIL. Decreto 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

BRASIL. DECRETO No 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm

BROWN, Wendy. “The Most We Can Hope For...”: Human Rights and the Politics of Fatalism. **South Atlantic Quarterly**, v. 103, n. 2–3, p. 451–463, 2004.

BRUFATTO, João José Turri; CARNEIRO, Cynthia Soares. Estudo de caso dos migrantes não documentados do parecer consultivo 18/03 na corte interamericana de direitos humanos. **Revista Vertentes do Direito**, v. 7, p. 1-26, 2020.

BUTLER, Judith. **Precarious Life: The Power of Mourning and Violence**. New York: Verso, 2004.

BUTLER, Judith. **Frames of War: When is Life Grievable?** London and New York: Verso, 2009.

BUTLER, Judith. Crítica, Coerção e Vida Sagrada na “Crítica da Violência” de Benjamin. **Rev. Direito e Práxis.**, Rio de Janeiro, Vol. 11, N.03, 2020, p. 1902-1933.

CAHALI, Yussef. Said. **Estatuto do estrangeiro**. 2ª ed. rev. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BYRD, B. Sharon.; HRUSCHKA, Joachim. From the State of Nature to the Juridical State of States. **Law and Philosophy**, v. 27, n. 6, p. 599–641, nov. 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Os indivíduos como sujeitos do direito internacional. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [S.l.], n. 12, p. 23-58, dez. 2012. ISSN 1677-1419. Disponível em: <https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/203>. Acesso em: 01 jul. 2021.

CARENS, Joseph. H. **The ethics of immigration**. New York: Oxford University Press, 2013.

CARNEIRO, Cynthia Soares. Políticas Migratórias no Brasil e a instituição dos “indesejados”: A construção histórica de um estado de exceção para estrangeiros. **Revista Opinião Jurídica: Fortaleza**, 2018. v. 16.

CARVALHO RAMOS, André de. Universal, tolerante e inclusivo: uma nova racionalidade para o Direito Internacional Privado na era dos direitos humanos. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDIir/UFRGS**, v. XV, p. 107-137, 2020.

CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de Direito Internacional Privado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1. 552p.

CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 1.

CARVALHO RAMOS, André. de. Estatuto pessoal no Direito Internacional Privado: evolução e perspectivas no Brasil. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 2016.

CARVALHO RAMOS, André de. **A construção do direito internacional privado - heterogeneidade e coerência**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. v. 1. 570p.

Cavalcanti, L; Oliveira, T.; Macedo, M., Imigração e Refúgio no Brasil. Relatório Anual 2020. Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2020

CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. Tradução de Angélica Chiappetta. Martins Fontes: São Paulo, 1999.

CLETO, Juliana. Implicações do direito ao voto aos imigrantes: ameaça à soberania nacional ou efetivação de um direito fundamental? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 3, p. 58-79, 2015.

CORNELOUP, Sabine. Privatisation of international migration flows: Manus Island class action. In: MUIR WATT, Horatia; BÍZIKOVÁ, Lucia; BRANDÃO DE OLIVEIRA, Agatha; et al (Eds.). **Global Private International Law**. [s.l.]: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 548–566. Disponível em: <<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781788119221/9781788119221.00041.xml>>. Acesso em: 27 set. 2021.

CORNELOUP, Sabine. Can Private International Law Contribute to Global Migration Governance? In: MUIR WATT, Horatia; ARROYO, Diego P. Fernandez. **Private International Law and Global Governance**. Oxford; Oxford University Press, 2014, p. 301-317.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. **Parecer Consultivo OC 21/14 – Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional**, 2014. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. **Advisory opinion OC-17/2002 on the Juridical Condition and Human Rights of the Child**. 2002. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_ing.pdf. Acesso em: 05 jul. 2021.

CUNHA, Bruno. L. À Paz Perpétua: estudo introdutório. **Á Paz Perpétua: um projeto filosófico**. 1ed.Petrópolis: Vozes/ São Francisco, 2020, v., p. 1-20.

DAL RI Jr., Arno. Evolução Histórica e Fundamentos Políticos-Jurídicos da Cidadania. In: Arno Dal Ri Júnior; Odete Maria de Oliveira. (Org.). **Cidadania e Nacionalidade**. Efeitos e Perspectivas Nacionais, Regionais e Globais. 1ed.Ijuí: Unijuí, 2002, v. 1, p. 25-84.

DAUVERGNE, Catherine. **Making people illegal: what globalization means for migration and law**. Cambridge; Cambridge University Press, 2008.

DE BOER, Th.M. Living apart together: the relationship between public and private international law. **Netherlands International Law Review**, v. 57, n. 02, p. 183–207, 2010.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível na Biblioteca Virtual das Nações Unidas: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 22 set 2020.

- DELMAS-MARTY, Mireille. De la souveraineté solitaire à la souveraineté solidaire. **Collegium International**. Disponível em: <http://www.collegium-international.org/index.php/fr/contributions/229-de-la-souverainete-solitaire-a-la-souverainete-solidaire>. Acesso em: 02 mai. 2021.
- DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado: parte geral e processo internacional**. Rio de Janeiro: Forense, edição atualizada.
- DUARTE, André. M. Direito, a ter direitos como performatividade política: reler Arendt com Butler. **Caderno CRH (Online)**, v. 33, p. 1-17, 2020.
- EUROPEAN PARLIAMENT. **Private International Law in a Context of Increasing International Mobility: Challenges and Potential**, 2017. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583157/IPOL_STU\(2017\)583157_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583157/IPOL_STU(2017)583157_EN.pdf). Acesso em: 23 set. 2021.
- FAWCETT, James J. The Impact of Article 6(1) of the Echr on Private International Law. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 56, n. 1, p. 1–48, 2007.
- FEDERAÇÃO NACIONAL DOS POLICIAIS FEDERAIS. **Nota à imprensa: estrangeiros que participarem de atos políticos podem ser detidos e expulsos do país**. 16 de abril de 2016. Disponível em: <http://fenapef.org.br/nota-a-imprensa-estrangeiros-que-participarem-de-atos-politicos-podem-ser-detidos-e-expulsos-do-pais/>. Acesso em 21 out. 2020.
- FERNANDES, Ananda Simões. A reformulação da Doutrina de Segurança Nacional pela Escola Superior de Guerra: a geopolítica de Golbery do Couto e Silva. **Antíteses (Londrina)**, v. 2, p. 831-856, 2009.
- FERNANDES, Pádua. **O direito internacional dos Direitos Humanos e a Ditadura militar no Brasil: o isolacionismo deceptivo**. In: I Jornada de Estudos sobre Ditaduras e Direitos Humanos, 2011, Porto Alegre. I Jornada de Estudos sobre Ditaduras e Direitos Humanos. Porto Alegre: Arquivo Público do Estado do Rio Grande do Sul, 2011. p. 438-446.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. Desnacionalizando o Direito Internacional Privado – Um Direito Com Múltiplos Julgadores e Implementadores. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir. /UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, n. 1, ago. 2020. ISSN 2317-8558. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/106457>. Acesso em: 12 maio 2021.
- FONSECA, Márcio Alves da. Imigração, Estado de direito e biopolítica. **Revista de Filosofia Aurora**, [S.l.], v. 28, n. 45, p. 969-984, abr. 2016. ISSN 1980-5934. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/aurora/article/view/1980-5934.28.045.DS12>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- FOUCAULT, Michel. **Security, territory, population: lectures at the Collège de France, 1977-78**. 1ª. ed. Basingstoke; New York: Palgrave Macmillan: République Française, 2007.
- FRASER, Nancy. Recognition without Ethics? **Theory, Culture & Society**, v. 18, p. 21–42, 2001.
- FRATESCHI, Yara. Universalismo interativo e mentalidade alargada em Seyla Benhabib: apropriação e crítica de Hannah Arendt. **Ethic@ (UFSC)**, v. 13, p. 363, 2014.
- GENOVA, Nicola. P. D. Migrant “Illegality” and Deportability in Everyday Life. **Annual Review of Anthropology**, v. 3, p. 419–447, 2002.
- GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Sobre Direitos Humanos na Era da Bio-Política. **Kriterion (UFMG. Impresso)**, v. XLIX, p. 267-308, 2008.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2000.

GUIMARÃES, Feliciano. de Sá. O debate entre comunitaristas e cosmopolitas e as teorias de Relações Internacionais: Rawls como uma via média. **Contexto Internacional**, v. 30, n. 3, p. 571–614, 2008.

GÜNDOĞDU, Ayten. **Rightlessness in an Age of Rights**: Hannah Arendt and the contemporary struggles of migrants. 1. ed. New York: Oxford University Press, 2015.

GÜNDOĞDU, Ayten. ‘Perplexities of the rights of man’: Arendt on the aporias of human rights. **European Journal of Political Theory**, v. 11, n. 1, p. 4–24, 2012.

GÜNDOĞDU, Ayten. Potentialities of human rights: Agamben and the narrative of fated necessity. **Contemporary Political Theory**, v. 11, n. 1, p. 2–22, fev. 2012.

HABERMAS, Jurgen A ideia kantiana da paz perpétua – à distância histórica de duzentos anos. In: HABERMAS, J. **A inclusão do outro**: estudos da teoria política. Trad. Denilson Luís Werle; São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 281-340.

HABERMAS, Jurgen. **Sobre a constituição da Europa**: um ensaio. Trad. Denílson Luiz Weerle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

HONIG, Bonnie. **Democracy and the foreigner**. Princeton, N.J: Princeton University Press, 2001.

INGRAM, James. D. What Is a “Right to Have Rights”? Three Images of the Politics of Human Rights. **American Political Science Review**, v. 102, n. 4, p. 401–416, nov. 2008. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/american-political-science-review/article/abs/what-is-a-right-to-have-rights-three-images-of-the-politics-of-human-rights/01C1BC0781A097BE59136C74AFB752B8>. Acesso em: 06 jun. 2021.

INGRAM, James D. **Radical cosmopolitics: the ethics and politics of democratic universalism**. New York: Columbia University Press, 2013.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. **World Migration Report 2020**. Genebra, 2019. Disponível em: https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020.pdf. Acesso em: 15 jun. 2021.

ISAAC, Jeffrey C. A New Guarantee on Earth: Hannah Arendt on Human Dignity and the Politics of Human Rights. **American Political Science Review**, v. 90, n. 1, p. 61–73, 1996.

JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: A Proteção da Pessoa Humana Face à Globalização (2000). **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir. /UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, nov. 2013. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/43490>>. Acesso em: 06 out. 2021.

KANT, Immanuel. **Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita**. Trad: Artur Morão, Lusosofia Press, 2004, p.11-12. Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/kant/1784/mes/historia.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2021.

KANT, Immanuel. **Sobre a expressão corrente**: isto pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática. Trad: Artur Morão, Lusosofia Press, 2004, 49p. Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/kant/1793/mes/corrente.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2021.

KANT, Immanuel. **Á Paz Perpétua**: um projeto filosófico. 1ed.Petrópolis: Vozes/ São Francisco, 2020.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013.

KATZNELSON, Ira. A form of liberty and indulgence. In: STEPAN, Alfred; TAYLOR, Charles. **Boundaries of Toleration**. New York: Columbia University Press, p. 38-60

KLEIN, T. Joel. Kant e a Livre Federação das Nações como Meio para a República Mundial. **Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade**, v. 25, p. 129-148, 2020.

KLEIN, T. Joel. O Cosmopolitismo Jurídico de Kant. **ETHIC@ (UFSC)**, v. 19, p. 209-249, 2020.

KLEINGELD, Pauline. On Dealing with Kant's Sexism and Racism. **SGIR Review**, v. 2, n. 2, p. 20, 2019. Disponível em: <https://philarchive.org/archive/KLEODW>. Acesso em: 26 mai. 2021.

KLEINGELD, Pauline. Kant's second thoughts on race. **The Philosophical Quarterly**, v. 57, n. 229, p. 573–592, out. 2007. Disponível em: https://pure.rug.nl/ws/portalfiles/portal/2768306/Kants_second_thoughts_on_race.pdf. Acesso em: 26 mai. 2021.

KLEINGELD, Pauline. Kant's Cosmopolitan Law: World Citizenship for a Global Order. **Kantian Review**, v. 2, p. 72–90, mar. 1998. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/kantian-review/article/abs/kants-cosmopolitan-law-world-citizenship-for-a-global-order/485D8C4742BFFF5DC7664F109463B9CC>. Acesso em: 31 mai. 2021.

KLEINGELD, Pauline. Approaching Perpetual Peace: Kant's Defence of a League of States and his ideal of a World Federation. **European Journal of Philosophy**, v. 12, n. 3, p. 304–325, 2004. Disponível em: <https://www.rug.nl/staff/pauline.kleingeld/kleingeld-approaching-perpetual-peace.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2021.

KNOP, Karen. The Private Side of Citizenship. **Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)**, v. 10, p. 94–97, 2007.

KNOP, Karen; MICHAELS, Ralf; RILES, Annelise. From Multiculturalism to Technique: Feminism, Culture and the Conflict of Laws Style. **Stanford Law Review**, v. 64, p. 589–656, 2012.

KRAUSE, Monika. Undocumented Migrants: An Arendtian Perspective. **European Journal of Political Theory**, v. 7, n. 3, p. 331–348, 2008.

KYMLICKA, Will. **Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights**. Oxford: New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1995. (Oxford political theory).

LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa jurídica, técnicas de investigação, argumentação e redação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LEITER, Brian. **Why tolerate religion?** Princeton: Princeton University Press, 2013.

LINKLATER, Andrew. Cosmopolitan citizenship. **Citizenship Studies**, v. 2, n. 1, p. 23–41, fev. 1998.

LOON, Hans van. El desafío doble de la migración internacional. **Revista Española de Derecho Internacional**, vol. 68, 2, 2016, p. 15-17.

- LOPES SALDANHA, Jânia Maria; DA CRUZ MELLO, Rafaela. Um imaginário possível: rumo ao cosmopolitismo jurídico - 10.12818/P.0304-2340.2017V70P435. **Revista da Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 70, p. 435-460, 2018.
- MANTOVANI, Flávia. Famílias afegãs passam dias e noites no aeroporto de Guarulhos à espera de abrigo. **Folha de São Paulo**, abr 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2022/04/familias-afegas-passam-dias-e-noites-no-aeroporto-de-guarulhos-a-espera-de-um-abrigo.shtml>. Acesso em: 07 mai. 2022.
- MARQUES, Cláudia Lima. O Direito Internacional Privado solucionando conflito de culturas: os divórcios no Japão e seu reconhecimento no Brasil. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir. /UFRGS, PORTO ALEGRE**, v. 1, p. 111-124, 2003.
- MAZOWER, Mark. The strange triumph of Human Rights (1933-1950). **The Historical Journal**, v.47, n.2, 2004, pp. 379-398.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis: o novo modelo de controle da produção normativa doméstica sob a ótica do 'diálogo das fontes'. **Argumenta (FUNDINOPI)**, v. 15, p. 77-114, 2011.
- MENKE, Christoph. The “Aporias of Human Rights” and the “One Human Right”: Regarding the Coherence of Hannah Arendt’s Argument. **Social Research**, v. 74, n. 3, p. 739–762, 2007. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40972123>. Acesso em: 05 jun. 2021.
- MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito - revista e atualizada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.
- MICHELMAN, Frank. I. Parsing “a right to have rights.” **Constellations**, v. 3, n. 2, p. 200–208, out. 1996.
- MICHAELS, Ralf. Private International Law as an Ethic of Responsivity. In: MICHAELS, Ralf (Ed.). **Diversity and Integration in Private International Law**. [s.l.]: Edinburgh University Press, 2019, p. 11–28. Disponível em: <<http://edinburgh.universitypressscholarship.com/view/10.3366/edinburgh/9781474447850.001.0001/upso-9781474447850-chapter-002>>. Acesso em: 30 jun. 2021.
- MILLER, David. Immigrants, Nations, and Citizenship. **Journal of Political Philosophy**, v. 16, n. 4, p. 371–390, dez. 2008.
- MILLS, Alex. Rethinking Jurisdiction in International Law. **British Yearbook of International Law**, v. 84, n. 1, p. 187–239, 2014.
- MILSTEIN, Brian. Kantian Cosmopolitanism beyond ‘Perpetual Peace’: *Commercium*, Critique, and the Cosmopolitan Problematic. **European Journal of Philosophy**, v. 21, n. 1, p. 118–143, 2013.
- MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. A exceção de ordem pública internacional. **Revista da Faculdade de Direito (USP)**, v. 114, p. 231-249, 2019.
- MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Conflitos de leis no espaço e lacunas (inter)sistêmicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2019
- MONTEIRO, Millena Fontoura. Migração e promoção dos direitos humanos no Brasil: desafios em relação ao rompimento com o ordenamento jurídico da ditadura civil-militar de 1964-1985. **INTER: Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ**; v. 1, n. 1.

- MORAES, Ana. Luisa Zago. O Caso Peter Ho Peng na Comissão de Anistia: do banimento pela Ditadura Civil-Militar Brasileira à tentativa de reparação pela democracia. In: Emilio Peluso Neder Meyer; Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. (Org.). **Justiça de Transição nos 25 anos da Constituição de 1988**. 2ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2014, v. 1, p. 470-497.
- MORAES, Ana Luisa Zago; DA SILVA FILHO, José Carlos Moreira. A cidadania como dispositivo de segurança: por uma justiça de transição em matéria de migrações. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 7, n. 4, p. 96-134, dez. 2016. ISSN 2179-8966. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/19426>. Acesso em: 07 abr. 2021. doi:<https://doi.org/10.12957/dep.2016.19426>.
- MOREIRA, Thiago Oliveira; Tony Robson da Silva. A [In]Convencionalidade da Regulação Migratória Brasileira. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos** (UFRN), v. 13, p. 5-20, 2021.
- MOREIRA, Adilson José. **O Que é Discriminação?** 1. ed. São Paulo: Letramento / Justificando, 2017.
- MOURA, Júlia. Sichieri. Teoria crítica e a cosmopolitismo. Ser um cidadão do mundo: até que ponto podemos levar esta ideia? **Dissertatio (UFPEL)**, v. 8, p. 23, 2020.
- MOURA, Aline. Beltrame. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. **Cuadernos ASADIP- Jóvenes Investigadores**, v. 1, p. 13-30, 2015.
- MOURA, Aline. Beltrame. O Direito Internacional Privado entre a Nacionalidade de Mancini e a Cidadania da União Europeia. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 7, p. 1058-1084, 2012.
- MOYNS, Samuel. **Not enough: human rights in an unequal world**. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2018.
- MUIR WATT, Horatia. Hospitality, Tolerance, and Exclusion in Legal Form: Private International Law and the Politics of Difference. **Current Legal Problems**, v. 70, n. 1, p. 111-147, 1 dez. 2017.
- MURPHY, Coileen. **The Conceptual Foundations of Transitional Justice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- NANCI, Luciana. Governo Lula decide cancelar visto de jornalista americano. Conjur. 11 de maio de 2004. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2004-mai-11/governo_decide_cassar_visto_jornalista_americano. Acesso em: 11 abr. 2022.
- NASH, Kate. Between Citizenship and Human Rights. **Sociology**, v. 43, n. 6, p. 1067-1083, 2009.
- NÄSSTRÖM, Sofia. The Right to Have Rights: Democratic, Not Political. **Political Theory**, v. 42, n. 5, p. 543-568, out. 2014. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/24571508>. Acesso em: 08 jun. 2021.
- NISHITANI, Yuko. Global Citizens and Family Relations. **Erasmus Law Review**, v. 3, p. 134-146, 2014.
- NOLL, Gregor. Why Human Rights Fail to Protect Undocumented Migrants. **European Journal of Migration and Law**, v. 12, n. 2, p. 241-272, 2010.
- NUSSBAUM, Martha. Craven. Kant and stoic cosmopolitanism. *Journal of Political Philosophy*, v. 5, n. 1, p. 1-25, 1997.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, Luciano. **Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. 1969. Disponível em:

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

OIT. Migración laboral, movilidad en el mundo del trabajo ante la pandemia de la COVID-19 en América Latina y el Caribe, 2021. Disponível em:

https://www.ilo.org/americas/publicaciones/WCMS_778606/lang--es/index.htm. Acesso em: 29 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto global para a migração segura, ordenada e regular**. 2018. Disponível em:

https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180713_agreed_outcome_global_compact_for_migration.pdf. Acesso em: 11 mai. 2021.

OSTER, Jan. Public policy and human rights. **Journal of Private International Law**, v. 11, n. 3, p. 542–567, 2015.

PALI, Brunilda; KREMMEL, Katrin; PONTIN, Fabrício. Sem “direito a ter direitos”? Lendo os protestos de refugiados enquanto autonomia política. **Diálogo (UNILASALLE)**, v. 1, p. 133-142, 2018.

PATAUT, Étienne. Contrôle de l'État ou protection de l'individu? Remarques sur l'effectivité de la nationalité. **Revue critique de droit international privé**, v. N° 4, n. 4, p. 747–771, 23 mar. 2022.

PEREIRA, Caleb Salomão; Adeodato, João Maurício. Ética da tolerância e seus inimigos: imprecisão conceitual de pluralismo, permissivismo e relativismo como obstáculo a seus próprios ideais. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 17, p. 13-41, 2019.

PEREIRA, Fabrícia. Helena. Linhares. Coelho. Silva.; SOUSA, Livia. Maria de; MONT'ALVERNE, Tarin. C. F. Direito à saúde para o residente fronteiriço: desafio para a integralidade do SUS. **REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS (RBPP)**, v. 8, p. 35-55, 2018.

POGGE, Thomas. Cosmopolitanism and Sovereignty. **Ethics**, v. 103, n. 1, p. 48–75, 1992.

POSENATO, Naiara. A Evolução Histórico-Constitucional da Nacionalidade no Brasil. In: Arno Dal Ri Júnior; Odete Maria de Oliveira. (Org.). **Cidadania e Nacionalidade**. Efeitos e Perspectivas Nacionais Regionais Globais. 1.ed. Ijuí: Unijuí, 2002, v., p. 211-245.

POSNER, Eric. A.; VERMEULE, Adrian. Transitional Justice as Ordinary Justice. **Harvard Law Review**, v. 117, n. 3, p. 762–825, jan. 2004.

POZZATTI JUNIOR, Ademar. O dever de cooperação internacional no quadro do cosmopolitismo pós-metafísico. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, [S.l.], n. 76, p. 15-44, jan. 2020. ISSN 1984-1841. Disponível em:

<<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/2055/1919>>. Acesso em: 05 fev. 2021.

RAPONI, Sandra. What is required to institutionalize Kant's cosmopolitan ideal? **Journal of International Political Theory**, v. 10, n. 3, p. 302–324, out. 2014. Disponível em:

<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1755088214537474>. Acesso em: 27 mai. 2021.

RAWLS, John. **The law of peoples with “the idea of public reason revisited.”** Cambridge; Massachussets: Harvard University Press, 1999.

RILES, Annelise. Cultural Conflicts. **Law and Contemporary Problems**, v. 71, n. 273, p. 273–308, 2008.

ROCHA, Bruno Lima; JUNG, João Henrique Salles. O papel da polícia federal na lei de segurança nacional e no controle de fronteiras na era militar (1964-1985). **Século XXI – Revista de Ciência Sociais**. Porto Alegre, v. 5, nº 2, jul.-dez 2014. Disponível em: seculoxxi.espm.br/index.php/xxi/article/view/76/78. Acesso em: 20 out. 2020.

ROHTER, Larry. Brazilian Leader's Tippling Becomes National Concern. *New York Times*. 09 de maio de 2004. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2004/05/09/world/brazilian-leader-s-tippling-becomes-national-concern.html>. Acesso em: 11 abr. 2022.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá.; ALMEIDA, Bruno Ribeiro. A cinemática jurídica global: conteúdo do direito internacional privado contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 18, p. 1-39, 2011.

ROSENFELD, Michael. Rethinking constitutional ordering in an era of legal and ideological pluralism. **International Journal of Constitutional Law**, v. 6, n. 3–4, p. 415–455, 7 jul. 2008.

ROSSI, Leonardo Bortolozzo. As políticas da vida: o visto humanitário e a nova razão governamental. **Caderno de Relações Internacionais**, [S. l.], v. 13, n. 24, 2022. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/1416>. Acesso em: 2 set. 2022.

SANTOS, Regina. Cândido. Lima. e Silva.; BRASIL, Deilton. Ribeiro. O tipo penal brasileiro de promoção de migração ilegal e o princípio da não criminalização da mobilidade humana. **Revista de Direito Internacional**, v. 17, p. 331-350, 2020

SASSEN, Saskia. Regulating Immigration in a Global Age: A New Policy Landscape. **Parallax**, v. 11, n. 1, p. 35–45, 2005.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Private International Law: A Treatise on the Conflict of Laws, and the Limits of their Operation in Respect of Time and Place.** Translated by William Guthrie. Edinburgh: T&T Clark Law Publishers, 1869.

SCHMITT, Carl. **Political theology: four chapters on the concept of sovereignty.** University of Chicago Press, 1ª ed. Chicago: University of Chicago Press, 2005.

SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA – SNJ. **Caderno de Propostas.** 1ª Conferência Nacional sobre Migrações e Refúgio. Brasília: SNJ, maio 2014. Disponível em: <http://participa.br/comigrar/destaques/caderno-final-de-propostas-da-comigrar>. Acesso em: 19 abr. 2021.

SERVAN, Johanness. **The cosmopolitan rights of foreigners – a phenomenological defense of cosmopolitan law.** University of Bergen, Norway (PhD thesis), 2018. Disponível em: <https://bora.uib.no/bora-xmlui/bitstream/handle/1956/18210/Johannes%20Servan.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 mai. 2021.

SHACHAR, Ayelet. **The birthright lottery.** London: Harvard University Press. 2009.

SIKKINK, Kathryn. **Evidence for hope: making human rights work in the 21st century.** Princeton: Princeton University Press, 2017.

- SILVA, Alice. Rocha.; SANTOS, Cayo. César. Morais. Migração, segurança internacional e direitos humanos: os desafios a serem enfrentados e reflexões sobre a contribuição do direito administrativo global. **Universitas Jus**, v. 27, p. 97-114, 2016.
- STEPHAN, Claudia. A Doutrina da Segurança Nacional de Contenção na Guerra Fria: fatores que contribuíram para a participação dos militares na política brasileira (1947-1969). **Conjuntura Global**, v. 5, p. 537-565, 2016.
- STUMPF, Juliet. P. The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power. **American University Law Review.**, v. 56, n. 367, p.367-419, 2006.
- TAYLOR, Charles. **Multiculturalism: examining the politics of recognition**. Princeton, N.J: Princeton University Press, 1994.
- TEITEL, Ruti. G. Transitional Justice Genealogy. **Harvard Human Rights Journal**, v. 16, n. 69, p. 69–94, 2003.
- TEITEL, Ruti. G. **Transitional justice**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2000.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria Pluriversalista do Direito Internacional**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. v. 1. 352p.
- TEUBNER, Gunther. **Global Bukovina: Legal Pluralism in the World Society**. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=896478. Acesso em: 02 jul. 2021.
- THOMASSEN, Lasse. The Politics of Iterability: Benhabib, the Hijab, and Democratic Iterations. **Polity**, v. 43, n. 1, p. 128–149, 2011.
- TICKTIN, Miriam. Policing and humanitarianism in France: immigration and the turn to law as state of exception. **Interventions**, v. 7, n. 3, p. 346–368, nov. 2005.
- TORPEY, John. C. **The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State**. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2018.
- TOURME-JOUANNET, Emmanuelle. The International Law of Recognition. **European Journal of International Law**, v. 24, n. 2, p. 667–690, 2013.
- UNCHR. The UN Refugee Agency. Global trends: forced displacements in 2019. Copenhagen, 2020. Disponível em: https://www.unhcr.org/5ee200e37/#_ga=2.173060518.401235618.1610306410-1664184422.1610306410. Acesso em: 08 jan. 2021.
- UNIÃO EUROPEIA (EU). **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 05 jul. 2021.
- VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. **Direito internacional privado, a proteção do ser humano e a falácia do ineditismo constitucionalista e tratadista**. 2014. 322 f. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.
- VEDOVATO, Luís. Renato.; ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz. Os vetos à Nova Lei de Migração Brasileira A interpretação como um passo necessário. In: Rosana Baeninger; Julia Bertino Moreira; Luis Renato Vedovato. (Org.). **Migrações Sul - Sul**. 1ª ed. Campinas: UNICAMP - Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA), 2018, v. 1, p. 597-608.
- VILLELA, Anna Maria. Um privilégio de nacionalidade: o Direito Internacional Privado na Constituição Brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, n. 65, a. 17, 1980, pp. 131-146.

VOLK, Christian. A ordem da liberdade – direito e política no pensamento de Hannah Arendt. Trad: Thiago Dias da Silva. Rio de Janeiro e São Paulo. Editora Contracorrente, 2022.

WALDRON, Jeremy. What is Cosmopolitan? **Journal of Political Philosophy**, v. 8, n. 2, p. 227–243, 2000.

WALZER, Michael. **Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality**. Basic Books, 1983.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; NIELSSON, Joice Graciele. De Hannah Arendt a Judith Butler: em busca da humanidade perdida nas fronteiras do estado-nação. **PENSAR - REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**, v. 22, p. 301-334, 2017.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. As políticas migratórias brasileiras do século XIX ao século XXI: uma leitura biopolítica do movimento pendular entre democracia e autoritarismo. **Revista Direito e Práxis**, v. 11, p. 2330-2358, 2020.

WIMMER, Andreas.; GLICK SCHILLER, Nina. Methodological nationalism and beyond: nation-state building, migration and the social sciences. **Global Networks**, v. 2, n. 4, p. 301–334, 2002.

YOUNG, Iris Marion. The Ideal of Community and the Politics of Difference. **Social Theory and Practice**, v. 12, n. 1, p. 1–26, 1986.

YOUNG, Iris Marion. **Inclusion and democracy**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2000. (Oxford political theory).

YUVAL-DAVIS, N. **The politics of belonging: intersectional contestations**. Londres: Sage, 2011.

YUVAL-DAVIS, Nira; WEMYSS, Georgie; CASSIDY, Kathryn. **Bordering**. Cambridge, UK; Medford, MA: Polity, 2019.