

O direito internacional privado e o seu papel na ética migratória na era dos direitos humanos

Leonardo Bortolozzo Rossi  

Universidade Estadual Paulista, UNESP, Franca/SP, Brasil

E-mail: lb.rossi@unesp.br

Resumo: A centenária disciplina do Direito Internacional Privado foi vista, na maior parte da sua existência, como mera ferramenta para aplicação da lei em caso de conflito de leis no espaço. Embora sua função precípua sempre tenha sido o gerenciamento de culturas via relacionamentos jusprivatistas, sua aplicação se dava de forma eticamente neutra e asséptica em relação a outros valores. Contudo, com o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos, a disciplina passa por uma lenta abertura a novos valores, os quais alteram substancialmente seus clássicos institutos, como o próprio conflito de leis e a cooperação internacional. Portanto, o objetivo do presente trabalho é de justamente analisar como ocorre a ressignificação dos institutos clássicos da disciplina em um contexto de erosão da soberania e da jurisdição. Três foram os institutos escolhidos para análise: a condição jurídica do estrangeiro, a cooperação internacional e o conflito de leis. Para tanto, utilizou-se do procedimento metodológico da revisão bibliográfica e documental de livros, artigos científicos, teses, dissertações e legislações, de procedência nacional e internacional, escritos em português, inglês e espanhol. Espera-se com a pesquisa demonstrar que com o adensamento da mobilidade humana transnacional nas últimas décadas, o Direito Internacional Privado ocupa papel do maior destaque em direção à criação de uma renovada ética migratória, embora a sua abertura ao direito dos direitos humanos ocorra de forma gradual e constantemente desafiada.

Palavras-chave: Direito internacional privado; soberania; direitos humanos; jurisdição; ética migratória

Private international law and its role in migration ethics in the human rights era

Abstract: The age-old discipline of Private International Law has, for the most part of its existence, been seen as a mere tool for the application of law in cases of conflicts of laws in different jurisdictions. Although its primary function has always been the management of cultures through private legal relationships, its application has been ethically neutral and sterile concerning other values. However, with the development of international human rights law, the discipline is undergoing

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP) - FCHS/Franca (2022); Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP) - Universidade de São Paulo (USP) (2019-2020). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (2018). Advogado inscrito na OAB/SP sob o número 433.783. Faz pesquisa, principalmente, sobre direito internacional privado, direito internacional público e direitos humanos. Atualmente, no Doutorado, pesquisa sobre empresas e direitos humanos. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8698145994146015>. DOI: <https://orcid.org/0000-0003-3180-6675>. E-mail: lb.rossi@unesp.br.

a slow opening to new values, which substantially alter its classical principles, such as conflicts of laws and international cooperation. Therefore, the aim of this study is precisely to analyze how the classic principles of the discipline are being redefined in a context of erosion of sovereignty and jurisdiction. Three institutes have been chosen for analysis: the legal status of foreigners, international cooperation, and conflicts of laws. To do so, the methodological procedure of bibliographical and documentary review of books, scientific articles, theses, dissertations, and legislation, from both national and international sources, written in Portuguese, English, and Spanish, was used. It is expected that the research will demonstrate that with the intensification of transnational human mobility in recent decades, Private International Law occupies a prominent role towards the creation of a renewed migratory ethics, although its openness to human rights law occurs gradually and constantly challenged.

Keywords: Private international law; sovereignty; human rights; jurisdiction; migration ethics

Sumário: 1. Introdução. 2. O gerenciamento das migrações transnacionais: tensões entre soberania e direitos humanos. 3. O direito internacional privado e a ética da migração: o acolhimento ao outro. 3.1 O direito da tolerância. 3.2 A condição jurídica do estrangeiro e os direitos humanos. 3.3 Cooperação jurídica internacional. 3.4 Conflito de leis. 4. Considerações finais. Referências

1. INTRODUÇÃO

A essência do Direito Internacional Privado (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. Esse é o conceito de André de Carvalho Ramos (2018, p.24), 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 humana”.

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 migrante, que é estranho à comunidade política, seja um migrante na fronteira buscando a acolhida, ou, da cidadania, quando já está inserido.

Entretanto, atualmente, existe uma dificuldade teórica e prática para a abertura da disciplina aos direitos humanos, já que as práticas centenárias da disciplina eram pautadas pela neutralidade, baseadas em quase que exclusivamente nas técnicas de aplicação das leis em caso de conflito no espaço e tempo. Na contemporaneidade, para além de uma mera disciplina técnica que regula essas questões, o DIPr possui como objeto temas verdadeiramente cosmopolitas em sua constituição.

Portanto, o objetivo do presente artigo é de analisar a relevância do Direito Internacional Privado para a ética migratória no século XXI, marcada pela alteração da cidadania não mais pautada unicamente em termos de nacionalidade, seja territorial ou sanguínea.

A investigação busca responder analiticamente à pergunta de qual o papel do DIPr para a

regulação das migrações transnacionais na era dos direitos humanos. A hipótese sustentada é que a gradual abertura da disciplina para os direitos humanos, em uma escala multinível, demonstra a necessidade de reavaliação de seus institutos clássicos (conflito de leis, cooperação jurídica internacional e, particularmente para o direito brasileiro, a condição jurídica do estrangeiro) para que ocupe um papel cada vez de maior destaque em direção à criação de uma renovada ética migratória.

O artigo busca complementar outras áreas de estudo em que se desenvolve a ética migratória, entre as quais: a filosofia do direito, as relações internacionais, o próprio direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional público.

Para tanto, o trabalho se segue da seguinte maneira: em um primeiro momento, busca descrever as crescentes tensões entre soberania e direitos humanos com a globalização econômica a partir do último quarto do século XX, em que se tenta ressignificar conceitos clássicos da temática em relação à migração transnacional, como territorialidade, soberania, nacionalidade e jurisdição; para que com tais aportes seja possível demonstrar, na terceira seção, como ocorre o relacionamento de tais conceitos ressignificados com três mencionados institutos clássicos do DIPr.

Nesse sentido, parte-se de dois referenciais teóricos para a sua argumentação, os quais se complementam: os recentes desenvolvimentos no DIPr que clamam pelo seu necessário diálogo para com o direito internacional dos direitos humanos em um cenário de transformações dos conceitos tradicionais de cidadania, com o conseqüente reenquadramento dos seus institutos clássicos; e a teoria do reconhecimento proposta por diversos autores como Axel Honneth e Charles Taylor, a partir da luta pelo reconhecimento da identidade migratória em cenários de desrespeitos a esses direitos.

O procedimento metodológico adotado baseia-se na revisão bibliográfica e documental, principalmente desses dois referenciais teóricos acerca da problemática, a partir da consulta de materiais de fontes exclusivamente primárias, tais como: livros, artigos científicos, teses, legislações, entre outros, escritos em português, espanhol e inglês. O trabalho apresenta natureza qualitativa e característica eminentemente teórica.

2. 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 (Cançado Trindade, 2012).

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-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.

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 estatais (Benhabib, 2012), 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 global. Com isso, ocorre, desde a segunda metade da década de 1980, o aumento dos fluxos transnacionais de pessoas. Conforme salienta Saskia Sassen (2005), as migrações cotidianas não são autônomas, mas o resultado de processos de exclusão social, em que se nota a existência de locais estratégicos na economia global de dois regimes diferentes para a circulação de bens e de pessoas, no qual permite-se livremente apenas o primeiro.

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, citar a especulação da dívida pública de países africanos por europeus (Carvalho Ramos, 2021, p. 335-373).

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, em que 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 concomitantemente². Esses fatores demonstram a desagregação da cidadania, imbricada em múltiplas redes de conexão transnacionais, uma vez que a nacionalidade não é mais a única ou principal fonte de identidade individual.

Entrementes, esse processo deve ocasionar a gradual alteração da soberania do Estado-nação, o que torna necessária a reestruturação da ação política em escala transnacional. Porém se

² Exemplo retirado de: ROSENFELD, 2008.

trata de um movimento duplo, pois ao mesmo tempo que há a erosão da soberania estatal, esta é reafirmada diariamente.

Desde o começo dos anos 90 do século XX, os países desenvolvidos economicamente do Ocidente buscam o combate da “imigração ilegal”³. As leis de regulação migratória tornaram-se os principais locais de afirmação da soberania nacional. Conforme Catherine Dauvergne (2008, p. 9-28), 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.

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 (Dauvergne, 2008). 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 precariedade⁴ 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”⁵ para promover o cruzamento das fronteiras, o que coloca em risco à vida e a integridade física dessa população (Silva; Santos, 2016). Por isto, as políticas migratórias que são padronizadas e adotadas em escala global são incorretas para o gerenciamento dos fluxos migratórios, pois se trata de um círculo vicioso: a etiqueta da imigração ilegal não tem o efeito preventivo desejado, já que não obsta os fluxos, e, além disso, cria 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 (Yuval-Davis; Wemyss; Cassidy, 2019).

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

3 De uma perspectiva do direito internacional dos direitos humanos, não existe o conceito de imigração ilegal, apenas de irregularidade administrativa. O termo “ilegal” é utilizado principalmente em discursos políticos.

4 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, 2004; BUTLER, 2009.

5 Os coiotes utilizam-se de diversos artifícios para realizar a travessia da fronteira de forma irregular: através de estradas secundárias ou desconhecidas. O propósito, em muitos dos casos, é de guiar os migrantes em troca de uma quantia.

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 (Aas, 2013, p. 21-39). Tal fenômeno é denominado de “extraterritorialização da soberania”, que são mecanismos empregados por Estados nacionais desenvolvidos para o emprego de suas políticas migratórias em outros Estados, na maioria das vezes, subdesenvolvidos.

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.

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 (Mills, 2014).

Da esfera pública concebe-se o seu conceito para o Direito Internacional Privado, em que se baseia em preceitos semelhantes de territorialidade e nacionalidade⁶, 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 (Mills, 2014).

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 jurisdição (Besson, 2015). 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 internos, no que se chama de cidadãos móveis, cujos primeiros tratados datam do final do século XX. O processo de comunitarização implica na expansão das preocupações do bloco europeu para outras temáticas além da circulação de bens e pessoas, o que gera a criação de estruturas regulatórias específicas.

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,

⁶ 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; Tibúrcio. capítulo VII.

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 (Moura, 2012).

De acordo com Arno Dal Ri Jr (2002), 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 político⁷ 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” (Dal Ri Jr, 2002, p.75).

Especialmente no contexto brasileiro, a ordem constitucional pós-1988 deixou, nos dizeres de Naiara Posenato (2002), 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 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.

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 (Moura, 2015).

Existem também tentativas de alterações normativas a respeito do conceito de nacionalidade. A teoria da “loteria do direito ao nascimento”, em tradução livre, criada por Ayelet Shachar (2009), 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 para alocar os direitos da cidadania de forma satisfatória em um mundo globalizado. Eticamente, o nascimento se trata de um mero acontecimento aleatório, 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 certo⁸ (tradução nossa) (Shachar, 2009, p.4).

⁷ 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. Ver: Yuval-Davis, 2011.

⁸ 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

As tradicionais formas de concessão à cidadania, pela consanguinidade (*jus sanguinis*) e pelo território (*jus soli*) são incompatíveis com a inclusão democrática dos migrantes⁹. Shachar (2011) 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.

Etienne Patout (2022), 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 nacionalidade. 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. Tal conclusão pode ser retirada do pensamento de Hannah Arendt sobre o “direito a ter direitos” para quem, de acordo com Notari (2020), para que alguém se caracteriza como sujeito de direitos na ordem internacional, há a necessidade do acesso ao espaço público pela sua existência como ser humano.

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 e possibilita um maior acesso ao espaço público.

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 Direito” (Fernandez-Arroyo, 2020), que se constitui pela possível perda da importância da legislação nacional em um contexto de porosidade de fronteiras e normas supra e internacionais.

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 mutuamente, com a interconexão entre regimes estatais e não estatais

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.”

9 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.

(Berman, 2007). 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.¹⁰

O atual pluralismo global, nas palavras de Gunther Teubner (1996), 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.

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”, isto é, a possibilidade constante da expulsão daquele território específico. 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 nível europeu, a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos estatui no seu artigo 6 (1) sobre a jurisdição que “qualquer pessoa” tem direito que a sua causa seja examinada, de forma justa e pública, respeitando-se o prazo razoável de um processo.

James Fawcett (2007), 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.

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

¹⁰ Yuko Nishitani (2014) 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.

direitos humanos que fora encontrado (Fawcett, 2007).

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, de forma simples e direta, toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido, sem distinguir a sua posição na sociedade.

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.

3. O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A ÉTICA DA MIGRAÇÃO: O ACOLHIMENTO AO OUTRO

3.1 O direito da tolerância

De acordo com Werner Goldschmidt, ainda no século XX, o 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 (2014, p. 38-60) 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 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.

Segundo o autor, 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 (2013, p. 6-25), 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.

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 (Pereira; Adeodato, 2019).

O que nos leva a constatar o fato de que os estados nacionais – e, no nosso caso, o brasileiro

– não são eticamente neutros¹¹. 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 (2012) alertam para que a tolerância possa ser limitada, de um tipo único: o foro pode deferir para outro sistema normativo valorativo mesmo que o tema seja de extrema importância para a própria comunidade política. 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.

3.2 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 (2014, p. 214-215).

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.

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.

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

¹¹ 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.

e sentenças estrangeiras¹², entre outros, devem ser pautados por uma ética da alteridade.

De acordo com Horatia Muir Watt (2017), há três métodos de receptividade do Outro no direito internacional, especialmente o privado: a) *lex forismo*¹³: 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 partes.

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 transporte¹⁴; e vários outros.

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 inviabiliza (Michaels, 2019, p. 11-28).

Na contemporaneidade, por sua vez, há uma mudança paradigmática de tratamento do ser humano, com a ênfase no princípio da dignidade humana¹⁵. 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 (Jayme, 2013). 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.

12 No cenário brasileiro, pode-se citar o reconhecimento do divórcio declarado no Japão perante a autoridade judiciária brasileira. Ver: Marques, 2003.

13 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.

14 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, 2019, p. 548-566.

15 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, p. 470-471.

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 privada (Carvalho Ramos, p.129, 2020)

André de Carvalho Ramos (2020) 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.

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” (Knop, p. 95, 2007)¹⁶.

3.3 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 (2014) 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 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.

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

¹⁶ No original: “Like post-national citizenship, private international law can include non-citizens through its rules on standing to sue and jurisdiction.”

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 (European Parliament, 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 (2016), qual seja: o uso de nossa criatividade para a criação de um modelo de governança global das migrações. 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 coerente (2016), em uma estrutura global. Nessa vereda, afirma Veronica Ruiz Abou-Nigm (2021) de que a cooperação internacional via mecanismos do DIPr pode-se mostrar como uma importante força para o desenvolvimento da governança global em matéria migratória, especialmente a partir dos esforços desenvolvidos na última década que gerou o Pacto Global pela Migração 2018.

3.4. 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 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 antropologia¹⁷ 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 (Riles, 2008).

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 (2013) alerta para que o processo de reconhecimento da identidade não é uniforme, em que varia de acordo com o estado prevalente 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.

Tal princípio requer que seja entendido nos seus diversos sentidos (Moreira, 2017), 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.

Para Taylor (1994), 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. 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 todos¹⁸, há a inclusão do valor igual daqueles que tornam o potencial de fato, buscando, dessa forma, a justiça material (Taylor, 1994).

Por sua vez, Nancy Fraser (2001) assinala que a conclusão de Taylor que a falta de

¹⁷ Se o estudioso de DIPr, em sua relação com a Antropologia, realiza trabalho etnográfico ou etnólogo, conferir: Monaco, 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.

¹⁸ “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; Almeida, p. 18, 2011.

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.

A política da diferença é proposta por outros autores como Will Kymlicka (1995, p.10-32), 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.

Kymlicka (1995, p.34-38) 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 uma limitação do impacto das decisões da sociedade majoritária sob determinado grupo étnico/social.

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 (Berman, 2005).

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 (1869, p. 25-29), baseado nas construções do Direito Romano, afirmou que o Direito Moderno estabeleceu a igualdade pessoal entre estrangeiros e nacionais.

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) (Savigny, 1869, p.27)¹⁹

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 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.

¹⁹ 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*”.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As migrações internacionais demandam uma nova rearticulação entre o Direito Internacional e o direito interno de cada país, tendo em vista as notícias cotidianas acerca do movimento de pessoas, impulsionadas pelos mais diversos motivos, entre os quais, se destacam quando da escrita desta pesquisa, as guerras da Ucrânia e a ocupação da Faixa de Gaza pelo estado de Israel.

De forma paradoxal, pouca atenção se dá ao papel do Direito Internacional Privado à ética migratória no século XXI. Se a disciplina tem a função centenária de gerenciamento de culturas, seu potencial é extremamente valioso, conjugado ao desenvolvimento do sistema internacional de proteção aos direitos humanos. O presente artigo buscou contribuir em direção a tal construção teórica.

Alguns conceitos de importância para o Direito como jurisdição e soberania sofrem alterações importantes na era da globalização econômica e das fronteiras porosas. Esses não devem ser lidos de forma estática, mas em uma interpretação pluralizada que leve em consideração às diversas reclamações à proteção aos direitos humanos de populações migrantes, revisitando o ideal *kantiano* de cidadania.

Este cenário acarreta mudanças na própria ideia de cidadania, a qual se baseia, na contemporaneidade, em não mais na única e exclusiva ligação ao sangue e território. Portanto, a principal conclusão da primeira seção está na ideia de que os conectivos e conceitos de territorialidade e nacionalidade não de ser gradualmente esgotados e substituídos por noções mais inclusivas e equitativas, como a construção teórica do *jus nexi*, criada por Ayelet Shachar.

Esse renovado conceito de cidadania impacta a teorização acerca da condição jurídica do estrangeiro, a qual deve ser relida à luz do vínculo da ordem jurídica brasileira para com os tratados internacionais de direitos humanos. Por sua vez, a cooperação internacional permite a criação de um modelo de governança global das migrações transnacionais que independa de documentos, através do acesso à justiça de baixo para cima, de forma plena.

Em um de seus institutos mais clássicos, o conflito de leis, mostra-se possível a construção teórica de uma verdadeira teoria do reconhecimento a direitos, a qual possa substituir a posição de neutralidade e tecnicidade da matéria. Com isso, ao DIPr não bastaria tão somente analisar o caso concreto de conflitos de leis espaciais, mas, atuar de forma proativa na proteção a direitos humanos fundamentais.

Se o DIPr é verdadeiramente o direito da tolerância, tais institutos devem se abrir para outros valores na era dos direitos humanos. Tal abertura ocorre de forma bem gradual, mesmo com diversas contestações apontadas ao longo do texto. Um dos desafios, portanto, é não permitir a superação da abertura pela contestação e o retorno à visão neutra dessa disciplina.

REFERÊNCIAS

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, p. 21-39, 2013.

ABOU-NIGM, Veronica Ruiz. O potencial do direito internacional privado na governança (migratória) global. In *Governança Global*, Volume 2, Arraes Editores (1st ed.), 2021.

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.

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.

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.

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

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.

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*, 1992.

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.

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

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

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.

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.

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, p. 301-317, 2014.

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.

DAUVERGNE, Catherine. *Making people ilegal: what globalization means for migration and law*. Cambridge; Cambridge University Press, 2008.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: parte geral e processo internacional*. Rio de Janeiro: Forense, edição atualizada, capítulo VII.

- EUROPEAN PARLIAMENT. *Private International Law in a Context of Increasing International Mobility: Challenges and Potential*, 2017.
- FRASER, Nancy. Recognition without Ethics? *Theory, Culture & Society*, v. 18, p. 21–42, 2001.
- 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.
- KATZNELSON, Ira. A form of liberty and indulgence. In: STEPAN, Alfred; TAYLOR, Charles. *Boundaries of Toleration*. New York: Columbia University Press, p. 38-60, 2013.
- KNOP, Karen. The Private Side of Citizenship. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, v. 10, p. 95, 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.
- 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.
- 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.
- KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*. Oxford: New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1995.
- LEITER, Brian. *Why tolerate religion?* Princeton: Princeton University Press, 2013.
- LOON, Hans van. El desafío doble de la migración internacional. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, 2, 2016.
- 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.
- 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.
- MILLS, Alex. Rethinking Jurisdiction in International Law. *British Yearbook of International Law*, v. 84, n. 1, p. 187–239, 2014.
- MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Conflitos de leis no espaço e lacunas (inter)sistêmicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- MOREIRA, Adilson José. *O Que é Discriminação?* 1. ed. São Paulo: Letramento / Justificando, 2017.
- 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.
- 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.
- 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.

NISHITANI, Yuko. Global Citizens and Family Relations. *Erasmus Law Review*, v. 3, p. 134–146, 2014.

NOTARI, Marcio Bonini. A cidadania e o direito a ter direitos no pensamento de Hannah Arendt. *JURIS - Revista da Faculdade de Direito*, [S. l.], v. 29, n. 2, p. 201–222, 2020.

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.

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.

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

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.

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.

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.

SHACHAR, Ayelet. *The birthright lottery*. London: Harvard University Press. 2009.

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.

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

TEUBNER, Gunther. *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*, 1996.

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

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.

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

YUVAL-DAVIS, Nira. *The politics of belonging: intersectional contestations*. Londres: Sage, 2011.

Recebido em: 12.11.2023

Aprovado em: 11.03.2024

Última versão dos autores: 17.03.2024

Informações adicionais e declarações dos autores (Integridade Científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirmou que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de originalidade:** o autor garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Rossi, L. B. O Direito Internacional Privado e o seu papel na ética migratória na era dos direitos humanos. *JURIS - Revista da Faculdade de Direito*, 33 (2). <https://doi.org/10.14295/juris.v33i2.16290>. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/16290/version/20395>. Acesso em: 28 mai. 2024.



Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)