

## Emigração, cidadania e soberania: cidadãos e estrangeiros de frente à soberania do estado<sup>1,2</sup>

Claudia Storti<sup>3</sup>

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo fazer um exercício de comparação histórico-jurídica entre as visões presente e pretérita sobre as categorias emigração, cidadania e soberania. Para tanto, apresenta uma série de fatos contemporâneos acerca de violações a normas referentes à matéria, para, em seguida, apresentar o itinerário de formação de tais institutos na modernidade jurídica. Verificou-se o declínio do Estado de frente à globalização e a sua fragilidade e sua incapacidade no lidar com o problema, vez que as providências adotadas, na presunção que sejam traços de manifestação da sua força, são demonstração de sua fraqueza.

**Palavras-chave:** Emigração. Cidadania. Soberania.

### Introdução

Agradeço, de todo o meu coração, o caríssimo colega e amigo Diego Nunes, por ter-me convidado para essa conferência na Universidade Federal de Uberlândia (UFU), que desejava conhecer desde quando Diego havia me falado dela. No ano passado, ele foi *visiting professor* na Faculdade de Direito da *Università degli Studi di Milano*, quando dividiu comigo a disciplina de História da Justiça e do Processo Penal, havendo o máximo sucesso junto aos meus estudantes.

---

<sup>1</sup> Conferência realizada em 21 de novembro de 2016 no Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia, organizada pelo Núcleo de Fundamentos do Direito da Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” e pelo *Ordo iuris* – Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica (UFU/CNPq).

<sup>2</sup> Tradução do italiano por Diego Nunes, professor adjunto nos cursos de graduação e pós-graduação do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Foi professor adjunto nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia.

<sup>3</sup> Professora Catedrática de História do Direito da Universidade de Milão, Itália. Foi presidente da Sociedade Italiana de História do Direito (2013-2016). Autora de inúmeras obras em História do Direito.

Espero, portanto, estar à altura de suas expectativas com esta aula, na qual pensei em fazer uma ponte entre a história da concepção da soberania e do Estado, que se formou após o absolutismo da Idade Moderna na Europa do século XIX, e os tantos problemas das guerras e das migrações dos nossos dias. Poderíamos até mesmo entender em algum momento que essa concepção possa já resultar inadequada, ou pelo menos insuficiente, para absorver e resolver esses gravíssimos problemas, seja sobre o plano do Direito interno, seja sobre o plano do Direito Internacional. Ficarei feliz em discutir convosco estas considerações pessoais e de confrontar-me com as sugestões, que partem da atual experiência europeia, com as vossas.

## 1. Itinerários contemporâneos de violações de direitos referentes à emigração, cidadania e soberania

Sem que fossem previstas as suas dimensões, o já bem conhecido “medo” da imigração tem contribuído para mudar o vulto da política em alguns países do mundo. Penso, antes de tudo, ao voto nos Estados Unidos a favor de Donald Trump que, como a mídia sustenta, à espera de ser empossado, parece que esteja trabalhando intensamente no projeto para a expulsão dos estrangeiros irregulares e para a construção de um “muro” de três mil quilômetros na fronteira entre os Estados Unidos e o México.

Na Europa, os muros já foram construídos e, as forças policiais, dispostas no Passo de Brennero (entre Itália e Áustria), na Hungria (onde, de resto, concluiu-se, contra as propostas do Governo, um referendo a favor do acolhimento das cotas de migrantes destinados à União Europeia), enquanto se espera o resultado da votação na Áustria (entre um ultranacionalista e um verde), para entender qual via tomará esse país. No referendo de 23 de junho de 2016 na Grã-Bretanha, venceu o voto para a saída dos ingleses da Europa, o assim chamado *Brexit*. Depois das crises da economia ocidental de 2008, nunca completamente resolvidas, ao menos em

alguns países como a Itália, o assim chamado “populismo” desfruta do descontentamento das classes média e baixa em confronto a um “establishment” – palavra abusada nesses dias – insensível aos seus problemas, já que continua a crescer a diferença entre ricos e pobres. Em tal contexto, esses movimentos “populistas”, agora já convertidos em “partidos” jogaram bem ao imputar aos migrantes o descontentamento e correm o risco de determinar o resultado – imprevisível ainda em qual medida – das eleições de 2017 na França e na Alemanha.

Enquanto em Milão, até alguns anos atrás, circulavam propostas para a concessão da cidadania honorária aos jovens migrantes que frequentam a escola, ao mesmo tempo em que no Parlamento fazem, há anos, projetos de lei sobre a concessão do *ius soli* aos migrantes regulares, a hostilidade da opinião pública sobre os migrantes foi notavelmente acrescida – depois do agora distante 11 de setembro de 2001 – por causa dos dramáticos atos de terrorismo que comoveram recentemente a Europa. Celebrou-se, em 13 de novembro de 2016, a memória do atentado no Bataclan em Paris, e no curso desse mesmo ano sobrevieram os atentados de Bruxelas e de Nice.

Nem sempre os serviços de inteligência conseguem identificar terroristas provenientes do Oriente Médio, enquanto, paradoxalmente, às organizações terroristas dos fundamentalistas islâmicos, aderiram, em muitos casos, os filhos e os netos dos migrantes na Europa. Isso significa também que as políticas e as intervenções para a integração, se houve, foram insuficientes e não conseguiram os resultados esperados, talvez, em certos casos, por causa do desinteresse dos próprios migrantes<sup>4</sup>.

Em todo o caso, os recorrentes episódios de violência, os quais têm como protagonistas migrantes dentro de seus grupos e contra os europeus, enfatizados pela mídia, alarmaram a opinião pública. Há,

---

<sup>4</sup> Para um aprofundado exame sobre os problemasproblemesproblemesproblemesproblemas passados e recentes da integração, cf. RIMOLI, Francesco. (org.). *Immigrazione e integrazione dalla prospettiva globale alle realtà locali*. Napoli: ESI, 2014.

indubitavelmente, um tipo de propaganda que, sem se dar conta da contribuição à economia e à vida social que os imigrantes de qualquer modo oferecem, sugere e alimenta a convicção de que os migrantes subtraem o trabalho dos nacionais, ainda que, na realidade, os empregos a eles oferecidos são aqueles que os europeus não querem fazer. Diz-se, além disso, que eles colocam em risco a segurança dos Estados e da Europa como um todo, porque, nas barcas dos migrantes, que ancoram, salvo os naufrágios, nas costas europeias e, geralmente, nas italianas, se esconderiam terroristas. Entre os migrantes podem se esconder terroristas, mas, na realidade, os terroristas, verdadeiros ou potenciais, já se escondem nos territórios europeus e por vezes, de algum modo, os serviços de polícia e de inteligência conseguiram pará-los antes que provocassem atentados.

A pobreza de tantos países do mundo, as tantas guerras que se combatem na África e no Extremo Oriente, a guerra civil síria dos últimos cinco anos e a tardia operação militar contra o ISIS (ou califado islâmico), depois que este conseguiu assentar-se no Iraque sem resistências por parte do Estado e das grandes potências são um *déjà vu*, quando se recorda que, em 2008, assistiu-se em algumas regiões do Paquistão (como a SWAT) e do Afeganistão (a “tolerância” aos Talibãs). Apenas algumas semanas atrás começou a guerra contra o ISIS no Iraque, enquanto na Líbia, onde também estão assentadas tropas do Califado, a inexistência de um governo unitário impede de se afrontar a questão.

A Itália, entre 2004 e 2013, comandou a operação humanitária *Mare Nostrum* para o salvamento dos migrantes e, graças também à colaboração dos serviços secretos, entregou “à justiça aqueles que lucram com o tráfico de migrantes”; verdadeiros contrabandistas, podemos dizer<sup>5</sup>. Sucessivamente, a Itália aderiu à operação *Tryton* para o controle em águas internacionais dos fluxos migratórios e para a proteção das fronteiras

---

<sup>5</sup> MARE NOSTRUM. Disponível em <<http://www.marina.difesa.it/cosa-facciamo/operazioni-conclude/Pagine/mare-nostrum.aspx>>. Acesso em 06 set. 2017.

européias, e esta sofreu numerosas críticas, dentre as quais às do comissário dos direitos humanos do Conselho da Europa<sup>6</sup>.

Enfim, chegou-se então ao acordo da primavera de 2016 com a Turquia. A Europa, de fato, estipulou, em 18 de março de 2016 com o país turco, um tratado sobre o controle da imigração, imediatamente condenado pela Anistia Internacional e por aqueles que têm ideais “humanitários”, prevendo, em troca de uma conpíscua soma de dinheiro, o retorno à Turquia, que já hospeda mais de três milhões de refugiados, de todos os imigrantes reunidos nas ilhas da Grécia com efeito imediato, ou seja, a partir de 20 de março do mesmo ano. Isso impediu posteriormente a Europa de reagir contra as pretensões “absolutistas” do presidente da Turquia, Erdogan, depois da tentativa (real ou presumida) de golpe de Estado do mês de julho de desse mesmo ano. Com efeito, não houve nenhuma reação oficial, de frente à repressão da oposição, que ainda está se desenvolvendo.

O tratado da União Europeia com a Turquia constitui o último episódio da política de “externalização” da gestão do fenômeno migratório que a Europa realizou nos últimos anos. Alguns campos foram instituídos sobre o território europeu (basta pensar, antes de tudo, a “selva” de Calais, organizada pela Inglaterra na França, agora, parece, em via de desmantelamento por conta da “transferência” dos migrantes para outras partes da França). Na maior parte, trata-se de campos para “a detenção dos migrantes e dos requerentes de asilo” na África, no Chade, na tentativa de evitar que eles chegassem às costas, e no Marrocos junto ao estreito de Gibraltar.

Como acenei, um dos problemas e dos obstáculos maiores consiste nas incertezas sobre o destino da Líbia, onde a política internacional não

---

<sup>6</sup> Controlada pela agência europeia *Frontex European Border and Coast Guard Agency*, aderiram á operação Croácia, Islândia, Finlândia, Noruega, Suécia, Holanda, França, Espanha, Irlanda, Portugal, Áustria, Suíça, Romênia, Polônia, Lituânia e Malta. CfrCf. EUROPEAN BORDER AND COAST GUARD AGENCY (FRONTEX). Disponível em <[https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/frontex\\_en](https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/frontex_en)>. Acesso em 06 set. 2017, e FRONTEX LAUNCHES JOINT OPERATION TRITON. Disponível em <<http://frontex.europa.eu/news/frontex-launches-joint-operation-triton-JSYpL7>>. Acesso em 06 set. 2017.

conseguiu evitar a coexistência de dois Estados, um reconhecido pela ONU com sede em Tobruk, o outro com sede em Trípoli, onde o Parlamento islamista não quis aceitar a iniciativa da ONU. A incerteza sobre o êxito da ofensiva contra o ISIS e a ausência de um efetivo controle do território deixa margem livre às organizações locais, os chamados “escafistas”, e às organizações que estão por de trás deles, que lucram sobre as chamadas “viagens da esperança”.

Esse gênero de comércio continua; as guerras não parecem acabar e, olhando bem, já algum tempo atrás foram denunciadas as prováveis consequências do aquecimento climático. É provável, então, que aumente a pobreza dos países mais pobres da Terra e continue o desespero dos pobres fugitivos das suas terras, induzidos a migrar graças àqueles que lucram com esse mercado, submetidos, como acontece na Itália, ao abuso do seu trabalho em condições de escravidão ou de semiescravidão.

Em outras palavras, a fuga dos povos da pobreza, das guerras, dos atentados, dos raptos e dos sequestros na África e no Oriente Médio e, agora mais do que nunca, seria indispensável inventar políticas que tendam a reconhecer a eles o direito natural à vida e à liberdade e a sua tutela contra os traficantes de homens, dos terroristas, dos decepadores de cabeças ou, pelo menos, daqueles que também, na Itália, especulam sobre o acolhimento.

O Parlamento Italiano, em 2002, introduziu constrangido pelo “voto de confiança”, com o chamado “pacote de segurança” (ou “Lei Bossi-Fini”), o crime de imigração clandestina<sup>7</sup>, com substanciais diferenças (como, por exemplo, a incondicionalidade da ação penal) com respeito à disciplina em questão já introduzidas no Reino Unido, na França e na Alemanha. A Lei n. 67/2014, intitulada “Delegações ao Governo em matéria de penas detentivas não carcerárias e de reforma do sistema sancionatório”, previu a abolição do crime de ingresso ilícito na Itália, ainda que continue a ser possível a prisão

---

<sup>7</sup> “Lei de 30 de julho de 2002, n. 189. Modificações à normativa em matéria de imigração e de asilo”. Disponível em <<http://www.camera.it/parlam/leggi/02189l.htm>>. Acesso em 06 set. 2017.

dos cidadãos estrangeiros que retornam ao país depois de um provimento de expulsão, ou que violaram outras disposições como, por exemplo, a obrigação de registro na Polícia<sup>8</sup>. A revogação do crime (cuja existência, segundo a magistratura, complica enormemente todos os procedimentos relativos aos migrantes) deveria levar a definir e punir o ingresso clandestino como um ilícito administrativo. Mas, pelo completo desinteresse da opinião pública, a reforma ainda está no gabinete das comissões das câmaras. Cabe, portanto, aos magistrados suprir a lentidão da política com intervenções sobre os casos particulares, como aconteceu, por exemplo, na Corte de Cassação, que decidiu pela suspensão da expulsão de uma mulher paquistanesa portadora de câncer que nunca requereu sua regularização.

Recentemente, a Itália foi acusada por tratamentos desumanos aos migrantes abrigados nos centros de acolhimento e de identificação e apenas poucos dias atrás, após anos de denúncias, foi publicada uma lei contra o crime de aliciamento, que consiste no recrutamento (na prática, “tráfico”) de trabalhadores migrantes e sem autorização de residência, para empregos sazonais – em geral, agricultura e construção civil – por parte de pessoas frequentemente ligadas a organizações mafiosas<sup>9</sup>. Aos salários baixíssimos, sobre os quais os recrutadores tomam a sua comissão em favor dos patrões, correspondem horários de trabalho massacrantes acompanhados por violências e por maus tratos. Algo que faz pensar a formas de abuso que, se não idênticas, são ao menos análogas à escravidão. Jazem, em Parlamento e nos arquivos de algumas grandes cidades como Milão, algumas propostas de lei sobre a concessão da cidadania italiana aos filhos de estrangeiros nascidos na Itália ou sobre os estrangeiros que tenham frequentado as escolas italianas.

---

<sup>8</sup> Art. 2, c. 3b da referida lei. CfrCf. RUGGIERO, Carol. La depenalizzazione del reato di ‘immigrazione clandestina’: un’occasione mancata per il sistema penale italiano. Diritto penale contemporaneo. Milano, 22 fev. 2017. Disponível em <<http://www.penalecontemporaneo.it/d/5193-la-depenalizzazione-del-reato-di-immigrazione-clandestina-unoccasione-mancata-per-il-sistema-penale>>. Acesso em 06 set. 2017.

<sup>9</sup> “Lei de 29 de outubro de 2016, n. 199. Disposições em matéria de combate aos fenômenos do trabalho clandestino, do aproveitamento ilícito do trabalho na agricultura e do realinhamento retributivo no setor agrícola”. Disponível em <<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/11/3/16G00213/sg>>. Acesso em 06 set. 2017.

## 2. Itinerário histórico de formação das categorias emigração, cidadania e soberania na modernidade jurídica

Por que falar de todos esses problemas do tempo presente em uma aula de História do Direito? O historiador do direito, que estudou as teorias da soberania do século XIX e do início do século XX, parece estar a assistir a panoramas mais foscos do que aqueles de um distante passado. O conhecimento de cenários passados deveria advertir a sociedade da desestruturação e da mudança provocadas pelas incontáveis migrações, de muitas categorias do direito público, seja interno, seja internacional, que até agora regularam o direito interno e as relações entre os Estados.

E isso é relevante por muitos pontos de vista. Antes de tudo, do ponto de vista da condição jurídica do migrante. O princípio da igualdade, grande conquista do século XIX, que já, ao momento da sua introdução, parecia de difícil aplicação pelo contraste com a realidade de situações individuais concretamente diversas entre si, destoa ainda mais se o aplicamos aos migrantes.

Na Europa, há diversos tipos de migrantes e a cada um deles corresponde, de fato, a um diverso status jurídico. Deixamos à parte os emigrados ricos, os estrangeiros ricos ou então aqueles graduados e em posse de destacada formação profissional, que geralmente não têm problema algum, a não ser os normais controles administrativos e de polícia anuais. O caso da prisão e da deportação da esposa de um cazaque procurado (Alma Shalabayeva) e da filha, daquilo que se sabe sobre o caso, foi uma terrível e excepcional história de colaboração dos serviços secretos da Itália e do Cazaquistão, assim como foi em 2003 aquela do egípcio Abu Omar, um caso de *extraordinary rendition* organizada pela CIA estadunidense (sob a presidência Bush) com os serviços de segurança italiano (SISMI) no quadro da luta contra o terrorismo.



Nesses casos, estamos em nível de direito de exceção, que, frequentemente, na história da Itália, criou aquilo que, depois dos estudos de Mario Sbriccoli, define-se como duplo nível de legalidade<sup>10</sup>.

Outro status de emigrado é aquele dos estrangeiros reunidos na Europa para encontrar trabalho e melhorar a sua condição de vida e, depois disso, talvez residindo por mais gerações, serem chamados de “regulares”. Ainda que não tenham requerido ou obtido a cidadania, estes, do ponto de vista jurídico, não têm obstáculos e podem resolver as suas questões diante dos tribunais com a garantia de serem aplicados os seus direitos nacionais, com relação à condição da pessoa, do matrimônio, da família segundo a melhor praxe do direito internacional privado.

E isso, como conhece o estudioso do direito internacional, foi garantido na Itália desde a unificação e em muitos países europeus graças à longa tradição do direito medieval e moderno pelo respeito do chamado *estatuto pessoal*: uma categoria jurídica acolhida no direito internacional privado europeu também graças aos princípios defendidos, desde os anos Cinquenta do século XIX, por Pasquale Stanislao Mancini.

Como é notório, Pasquale Stanislao Mancini foi um dos artífices, ao menos a nível ideal, da unificação italiana, que ele propugnou em nome do princípio da nacionalidade. Logo depois, em 1865, ele tentou, sem sucesso, que também fosse aprovado pelas potências europeias, dentre as quais a França e a Alemanha de Bismarck, um código de direito internacional europeu. Foi, enfim, um dos fundadores do *Institut de Droit International de Gante* (Bélgica) em 1874<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Limite-me a indicar um estudo clássico de SBRICCOLI, Mario. Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990). In: SBRICCOLI, Mario. Storia del diritto penale e della giustizia, scritti editi e inediti (1972-2007). Milano: Giuffrè, 2009, p. 591-669.

<sup>11</sup> CfrCf., para referências bibliográficas: NUZZO, Luigi. Pasquale Stanislao Mancini. In: Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava appendice. Diritto. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 2012, p. 307-310; STORTI, Claudia. Mancini, Pasquale Stanislao. In: BIROCCHI, Italo; CORTESE, Ennio; MATTONE, Antonello; MILETTI, Marco Nicola (org.) Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani. Bologna: Il Mulino, 2013, p. 1244-1248; DAL RI JR., Arno. Pasquale Stanislao Mancini. In: DAL RI JR., Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos (org.). A Formação da Ciência do Direito Internacional. Ijuí: Unijuí, 2014, p. 253-284.

O princípio do respeito às leis nacionais, correspondente ao Estado, e a capacidade da pessoa nascida no Medievo sobreviveram na Europa também na Idade Moderna durante a fase do absolutismo dos principais Estados europeus. Segundo esse princípio, os estrangeiros que entravam em um Estado estariam sujeitos às leis do país. Ele era denominado *comitas inter gentes* (literalmente a cortesia entre os Estados), que, afirmado por grandes juristas como Paul Voet entre os séculos XVII e XVIII, garantiu aos estrangeiros no exterior o respeito às leis que regulavam a sua capacidade, o que, ademais, pressupunha o conceito da submissão da pessoa ao Estado de nascimento ou de domicílio<sup>12</sup>.

Salvo tal exceção, pela concepção da soberania exclusiva do Estado sobre os próprios súditos, derivou também o poder do Estado de impedi-los de expatriar, como aconteceu em muitas fases da história europeia e estadunidense<sup>13</sup>.

A lei brasileira sobre a naturalização de ofício de todos os estrangeiros de 1889, que foi profundamente estudada por Arno Dal Ri Jr., é uma prova do ponto ao qual pode chegar uma concepção absorvente da soberania e da estatalidade, que almeja anular as diversidades de status pessoais em nome da aplicação das próprias leis<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> CfrCf., para referências bibliográficas: STORTI, Claudia. Ricerche sulla condizione giuridica dello straniero in Italia dal tardo diritto comune all'età preunitaria: Aspetti civilistici. Milano: Giuffrè (Università degli Studi di Milano. Facoltà di Giurisprudenza. Pubblicazioni dell'Istituto di Storia del diritto italiano, 14), 1989, p. 1-158.

<sup>13</sup> PIFFERI, Michele. La doppia negazione dello ius migrandi tra Otto e Novecento. In: GIOLO, Orsetta; PIFFERI, Michele (org.). Diritto contro: meccanismi giuridici di esclusione dello straniero. Torino, Giappichelli, 2009, p. 47-78; PIFFERI, Michele. *Ius peregrinandi* e contraddizioni dell'età liberale: Qualche riflessione sulla 'falsa' libertà di migrare in Italia e negli Usa. In: MECCARELLI, Massimo; PALCHETTI, Paolo; SOTIS, Carlo (org.). *Ius peregrinandi*: Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione. Macerata: EUM, 2012, p. 253-274; PIFFERI, Michele. Il pluralismo nella cittadinanza: una prospettiva storica. In: PUGIOTTO, Andrea (org.). Per una consapevole cultura costituzionale: Lezioni magistrali. Napoli: Jovene editore, 2013, p. 311-327, em particular o item 6 sobre leis de polícia; e cfrcf. para referências bibliográficas o recente PIFFERI, Michele. Controllo dei confini e politiche di esclusione tra Otto e Novecento. In: AUGUSTI, Eliana; MORONE, Antonio Maria; PIFFERI, Michele (org.). Il controllo dello straniero: I "campi" dall'Ottocento a oggi. Roma: Vella, 2017, p. 81-104.

<sup>14</sup> DAL RI JR., Arno. Sicurezza nazionale e regime di eccezione in Brasile dall'Estado Novo alla dittatura militare brasiliana (1935-1985). In: MECCARELLI, Massimo; PALCHETTI, Paolo; SOTIS, Carlo (org.). Le regole dell'eccezione: Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo. Macerata: EUM, 2011, p. 347-371; DAL RI JR., Arno. O tratamento Jurídico do Estrangeiro no Brasil, Da "Grande Naturalização" da Primeira República à Segurança Nacional no Estado Novo (1889-1995). In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (Org.). Direito Internacional Multifacetado. Vol. V. Curitiba: Juruá, 2014, p. 47-88 El tratamiento jurídico del extranjero en Brasil: de la "gran naturalización" de la Primera República a la seguridad nacional en el Estado nuevo (1889-1945). In: MECCARELLI,

Durante as recentes migrações na Europa, com respeito à observância, no que refere à capacidade e ao status pessoal da lei do Estado de proveniência, parece ademais irrelevante, ou de qualquer modo inaplicável aos recém-chegados. Em alguns casos, também é difícil identificar a nacionalidade da pessoa; em outros casos, como é frequente para o sul da Itália, são os emigrados que não querem ser identificados nos países de chegada porque almejam mover-se e estabelecer-se em outros países aparentemente mais promitentes do ponto de vista do emprego, ou então para reunir-se às suas famílias. Inútil dizer, pois, que falta a eles qualquer tutela por parte dos Estados de proveniência, por sua vez, ademais, perturbados por guerras internas.

Inútil também dizer que esse é um cenário completamente novo com respeito àquele da Europa auto-definida como “civil e cristã” que, no século XIX, depois do Congresso de Viena, construiu a disciplina (e um modelo) de direito internacional público e privado (e o exportou pelo mundo) sobre a base da categoria da soberania do Estado. Na enciclopédia jurídica da Europa daquele tempo, a construção do conceito de estrangeiro – e de suas consequências com relação à residência, ao domicílio e à cidadania, e da categoria jurídica da emigração, em suma, recaíam dentro dos confins do conceito de soberania (do Estado). Era uma Europa, é bem verdade, que não tinha ainda enfrentado o problema das migrações de massa, e na qual, em muitos Estados, era vetado emigrar; e a emigração, como tem demonstrado muitos estudos, era punida. Assim ocorreu, por exemplo, na Itália durante a Primeira Guerra Mundial, quando muitos jovens emigrados foram condenados à revelia e por não se apresentarem à convocação às armas.

Mas esta concepção de submissão da população é bem visível também em todos os Estados autoproclamados “democráticos” que, em nome da igualdade dos cidadãos, ainda não deram atuação às convenções

---

Massimo; PALCHETTI, Paolo (org.). Derecho en movimiento. Personas, derechos y derecho en la dinámica global. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 107-144.

internacionais sobre os direitos humanos e, por exemplo, sobre o reconhecimento dos direitos das populações indígenas. A única inclinação política nesse sentido pode ser exercitada exclusivamente pela pressão da opinião das nações mais evoluídas e “civilizadas”. Dar atuação ao escrito e à aplicação dos costumes indígenas, por outro lado, é operação extremamente complexa por muitos pontos de vista, especialmente acerca do possível contraste entre normas consuetudinárias aborígenes e a tutela dos direitos humanos ou do princípio da igualdade, aos quais se desejaria dar eficácia com o reconhecimento dos costumes tribais. Em todo caso, os esforços para chegar ao menos a algum compromisso foram completamente insuficientes.

É bem verdade também que aquela Europa “civilizada e cristã” refutou, após os movimentos ressurgimentais de 1848, qualquer proposta que andasse em direção à atuação dos ideais do cosmopolitismo. Após a independência italiana, a partir de 1861, foram rechaçadas as propostas que, sobretudo, Pasquale Stanislao Mancini apresentou para os fins de uma diversa configuração do direito de cidadania, uma configuração que superasse o conceito da cidadania derivado da proveniência ao Estado. A cidadania deveria ser constituída, segundo Mancini, modificando o conceito de cidadania ligada ao pertencimento ao Estado político e recolocando-a sobre a base da nacionalidade. Além dos equilíbrios políticos da Europa – que essa ideia punha em risco, e arriscou concretamente –, que colocavam em discussão o equilíbrio entre as potências, tantas eram as nacionalidades conviventes no Império Austro-Húngaro que, depois de 1871, no Império Germânico, a ideia mesma de nacionalidade passou a parecer inaceitável aos Governos. A definição de Estado como governo, território e habitantes não podia tolerar que o reconhecimento das nacionalidades trouxesse um *vulnus* ao poder do Estado sobre todos os próprios súditos habitantes e sobre os estrangeiros que entraram em seu território.

Se olharmos a Itália tão logo unificada, vemos também que alguns “ressurgimentais” teriam desejado superar a noção tradicional de Estado,

exatamente como resultado do poder de um governo sobre um território com uma população dada, e considerar, ao invés, o Estado como uma formação continuamente em progresso constituída pela autodeterminação daqueles que desejavam residir e de liberdade de movimento para todos. Não houve uma onda longa do princípio ressurgimental da autodeterminação dos povos e, também nos Estados Unidos, onde essas ideias circulavam desde o fim do século XVIII, toda veleidade apagou-se nos anos sessenta do século XIX.

O sucesso da ideia manciniana, que, por sua vez, tinha raízes profundas no século XVIII, da paridade da condição jurídica do estrangeiro àquela dos cidadãos, deveu-se, em suma, a motivos diferentes daqueles que a tinham inspirado: mais que a consideração cosmopolítica da pessoa como livre sujeito de um direito universal privado de fronteiras territoriais e estatais, foram os motivos econômicos que sugeriram a transformação em lei de tal “revolucionária” inovação, com a esperança de atrair capitais estrangeiros na Itália e de favorecer a condição dos emigrantes italianos no exterior, tão logo reveladas, uma e outra, pura ilusão<sup>15</sup>.

Ilusão a de Mancini em “superar a ideia de Estado”? Ilusão aquela da liberdade? Parece exatamente que sim e também na Itália que tinha dado paridade à condição jurídica do estrangeiro à dos cidadãos.

Então, logo depois da publicação do Código Civil de 1865, desvela-se a dupla face da moeda: o reconhecimento do gozo dos direitos civis não é, segundo alguns e segundo os redatores do Código, um direito inato dos estrangeiros, mas o fruto de uma concessão e da *hospitalidade* do Estado italiano<sup>16</sup>. Em outras palavras, o gozo dos direitos civis por parte dos estrangeiros e, em conjunto, o favor para aquisição da cidadania por parte dos filhos de estrangeiros residentes no Estado, teve, como contrapartida, a

---

<sup>15</sup> PIFFERI, Michele. L'illusione della libertà: Alle origini del diritto 'negato' di emigrare. In: DESANTI; Lucetta; FERRETTI, Paolo; MANFREDINI, Arrigo (org.). Per il 70. Compleanno di Pierpaolo Zamorani. Milano: Giuffrè, 2009, p. 313-338.

<sup>16</sup> STORTI, Claudia. Il ritorno alla reciprocità di trattamento: Profili storici dell'art. 16, I comma, disp. prel. del codice civile del 1942. In: I CINQUANT'ANNI DEL CODICE CIVILE. Atti del Convegno di Milano 4-6 giugno 1992. Vol. 2. Milano: Giuffrè, 1993, p. 501-557.

administrativização, por meio de uma ampla extensão do chamado “magistério de polícia”, do poder de expulsar com base aos critérios discricionários e políticos que sujeitavam à adoção de medidas para a segurança do Estado: o «princípio liberal» da abertura das fronteiras e da concessão dos direitos aos estrangeiros era contrabalançado pela possibilidade à administração italiana e, portanto, para o seu governo, de um discricionalíssimo recesso *ad nutum*<sup>17</sup>.

Desse ponto de vista, isto é, do ponto de vista da definição “jurídica” da soberania, o nascimento dos regimes democráticos, depois da Segunda Guerra Mundial, não tiveram mudança sensível.

O problema da nacionalidade, em certos casos, exacerbou-se: pensemos nos curdos, divididos entre três Estados, que nunca conseguiram se unificar, e agora que combatem contra o ISIS e que estão conquistando Mosul, têm conseguido manter bem distantes de si as tropas do Iraque e, sobretudo, as da Turquia, Estados aos quais muitos deles provêm. Outras nacionalidades, ao contrário, têm obtido a sua constituição em Estados independentes, como a República Checa e a Eslováquia, enquanto, do ponto de vista político, no Estado multiétnico belga, a nítida separação entre flamengos e valões tornou impossível a constituição de um governo por alguns anos.

## Considerações finais

Não se trata de desestruturar o passado, nem de fazer uma proposta para o futuro, mas é facilmente previsível que *rebus sic stantibus* sobre essa via não poderá continuar por muito tempo. Os tempos e os problemas da sociedade mudaram. A inefetividade do direito internacional já é

---

<sup>17</sup> Para um caso análogo em perspectiva histórica e sobre o tema do contrato de trabalho: CAZZETTA, Giovanni. *Codice civile e identità giuridica nazionale: Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*. Torino: Giappichelli, 2011, p. 222.

lampejante. A circulação de homens e de ideias e o aumento da pobreza – tanto mais intolerável quanto mais é conhecido o Estado dos países “ricos” – devem induzir-nos a uma mudança. Qual, eu ainda não sei. Mas sabemos do passado que a nossa categoria da soberania do Estado foi construída em um particular momento histórico para contrapor-se com outras, completamente diferentes, teorias da soberania e da estatalidade.

O campo de tensão gerado pela relação Estado-migrantes foi resolvido, em geral, sobretudo depois do 11 de setembro, tornando mais complicadas e mais restritivas as normas imaginadas pelos Estados para impedir a imigração, em contraste com todas as convenções internacionais sobre a tutela dos direitos do Homem ou, como se diz, com a construção de muros. E é exatamente esse tipo de intervenção que, segundo Mary Bosworth, no seu já clássico *Border control and the limits of the sovereign State*<sup>18</sup>, demonstra o declínio do Estado de frente à globalização e à fragilidade e à incapacidade demonstrada pelos Estados que adotam tais providências, em geral de natureza eminentemente administrativa, na presunção que sejam traços de manifestação da sua força:

A fronteira não pode nos proteger ou nos diferenciar deles, do modo como a regulamentação legal dos estrangeiros procura abordar. Essa legislação estabelece com eficácia quem pertence [ao Estado]. No processo, ela identifica quem não precisamos temer, e quem está fora de lugar. David Garland e Jonathan Simon sugerem [...] que não devemos considerar a legislação como puramente uma resposta aos estrangeiros, mas sim como indicativo do poder do próprio Estado. Como afirma J. Simon, o direito penal é uma declaração integral sobre o poder do Estado soberano [...] As políticas severas sobre os estrangeiros podem, como a punitividade, representar um

---

<sup>18</sup> BOSWORTH, Mary. *Border Control and the Limits of the Sovereign State*. Social & Legal Studies. New York, v. 17, n. 2, p. 199-215, 2008. Oxford Legal Studies Research Paper n. 32/2011. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=1852206>>. Acesso em 06 set. 2017.

símbolo de força, mas [...] devem ser interpretadas como um símbolo de Autoridade fraca e controles inadequados<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Tradução Livre tradução de: “The border cannot protect us, or differentiate us from them, which the legal regulation of foreigners seeks to address. Such legislation effectively sets out who belongs. In the process, it identifies whom we need not fear, and who is out of place. David Garland and Jonathan Simon suggest [...] that we should not consider the legislation as purely a response to foreigners but rather as indicative of the power of the State itself. As J. Simon attests, the criminal law is an integral statement” about the power of the sovereign State [...] Harsh policies about foreigners may, like punitiveness, pose as a symbol of strength but [...] should be interpreted as a symbol of weak authority and inadequate controls”. BOSWORTH, Mary. Border Control and the Limits of the Sovereign State. *Social & Legal Studies*. New York, v. 17, n. 2, p. 199-215, 2008, p. 210.