



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**O Direito Fundamental à Nacionalidade:
A Situação das Minorias Islâmicas na
Índia e no Myanmar**

por

FERNANDO LÓPEZ RANGEL

ORIENTADOR: Dante Limongi

2021.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE

JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

O Direito Fundamental à Nacionalidade: A Situação das Minorias Islâmicas na Índia e no Myanmar

por

FERNANDO LÓPEZ RANGEL

Monografia apresentada
ao Departamento de
Direito da Pontifícia
Universidade Católica
do Rio de Janeiro (PUC-
Rio) para a obtenção do
Título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Dante
Limongi

2021.2

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, claro, devo tudo a toda minha família, que me proporcionou, principalmente, um ambiente muito acolhedor para meu crescimento. Meus avós Nádia, José Maria, Zely e Omero, este, infelizmente, deixou-nos cedo, assim como meu bisavô, Gualter. Meus tios Anna Lúcia, Euclydes, Marco, Carmen, José e Margarete. Meus primos Mariana, Diego, Eduardo e Carolina. Meus pais, Paulo e Anna, e meu irmão, Rafael.

Agradecer especialmente a meus pais, que sempre fizeram questão de me transmitir o valor mais básico de qualquer humano, o amor. A meu irmão, de obstinação e foco invejáveis. A meus tios Anna Lúcia e Euclydes, que enchem minha biblioteca pessoal e estão ao meu lado independentemente das circunstâncias. E a minha prima, Mariana, prodígio da família e de inteligência inigualável.

Em seguida, meus agradecimentos vão ao Professor Dante Limongi, que se dispôs, em meio a momentos complicados, a auxiliar-me neste importante passo da minha vida. Sua orientação seguiu o mesmo brilhantismo de seu magistério, pelo qual me encantei. Paixão, envolvimento, sensibilidade e muita sabedoria.

Não cometerei a injustiça de não citar todos, então fica aqui o agradecimento a todos meus amigos, tão importantes quanto a família, desde aqueles da infância até os dias de hoje. O tempo é implacável, mas sempre fiz questão de deixar claro a importância de cada um para mim, mesmo aqueles com os quais não tenho contato faz tempo.

Por fim, impossível falar em mérito pessoal em um país tão desigual como o nosso. Desde os motoristas de transporte público, que me levavam à escola ou à faculdade, a todos professores, porteiros, operários, garçons, trabalhadores da saúde, segurança e, enfim, a toda sociedade. Um agradecimento especial a todos.

Nosso país passa por um desastre sem proporções em nossa própria história. Foram mais de meio milhão de vidas perdidas precocemente, histórias interrompidas, sem as quais restam apenas luto e angústia para os que ficam. Então, atenhamo-nos ao que temos mais em comum: a vulnerabilidade perante a morte. Pelas vidas e pela justiça.

"O direito, como conceito relativo a fins, tem de procurar, em meio à agitação caótica dos anseios, fins e interesses humanos, para encontrar o caminho correto"

(Rudolph von Jhering)

RESUMO

Nos últimos anos foram observados diversos casos de perseguição e aumento da repressão a minorias ao redor do mundo. Não se trata de fato novo na história da humanidade, muito menos coincidente. Há certas características que se repetem e têm íntima relação com esse tipo de violência. Dois casos desses que vêm ocorrendo na região sul da Ásia chamam a atenção justamente pela semelhança nas condições que permitiram ataques sistemáticos a um grupo religioso minoritário. Tanto na Índia como no Myanmar, o direito à nacionalidade sofre violações graves e deixam grupos humanos inteiros totalmente vulneráveis a qualquer tipo de abuso. O trabalho se utilizará de amplo espectro da doutrina jurídica e do auxílio de outras ciências sociais para compreender de forma integral a nacionalidade e o porquê de sua violação abrir caminho para a perpetuação de violência contra minorias e até limpeza étnica das mesmas, reforçando, dessa forma, o caráter fundamental do direito à nacionalidade em relação aos demais.

Palavras-chave: Nacionalidade; Direitos Humanos; Perseguição; Índia; Myanmar; Minorias; Islã; Religião; Violações.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. ESTADO, PODER E POVO.....	9
2.1 Introdução.....	9
2.2 Histórico.....	11
2.3 Soberania.....	16
2.4 Povo.....	26
2.5 Da Evolução da Relação entre o Poder Soberano e o Povo..	31
3. DIREITOS HUMANOS E O DIREITO À NACIONALIDADE.....	40
3.1 Introdução.....	40
3.2 Histórico e Considerações Gerais.....	41
3.3 Os Direitos Humanos sob Diferentes Perspectivas.....	47
3.3.1 Direito Internacional dos Direitos Humanos	48
3.3.2 Direito Constitucional e Direitos Fundamentais.....	52
3.3.3 A Perspectiva das Ciências Sociais.....	56
3.4 O Direito à Nacionalidade.....	59
4. CASOS DE PERSEGUIÇÃO.....	67
4.1 Introdução.....	67
4.2 Casos do Passado Recente.....	70
4.3 Myanmar.....	77
4.4 Índia.....	85
5. CONCLUSÃO.....	97
6. BIBLIOGRAFIA.....	102

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo expor casos de perseguição a minorias étnicas no Myanmar e na Índia, dois países do sul asiático e ex-colônias inglesas. A exposição desses casos não é mera coincidência ou por motivos regionais e étnicos, mas pelo que eles apresentam em comum, notadamente uma violação de um mesmo direito tido como fundamental pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Tampouco é coincidência que ambos os casos de perseguição perpassem a violação de um mesmo direito. O intuito desta dissertação é justamente demonstrar que não se trata de qualquer direito. O direito fundamental à nacionalidade, pelo contrário, representa uma primeira etapa para a efetivação de direitos fundamentais e uma última barreira contra seus abusos.

Em um momento onde a doutrina acerca dos Direitos Humanos estabelece um paradigma de liberdade e igualdade, com inúmeros direitos individuais e sociais, a nacionalidade não fica de fora.

Uma evidência jornalística pode ter bastante capacidade para ressaltar a importância do objeto deste trabalho. Inclusive, trata-se do que inspirou o presente trabalho, e a inspiração tem um poder elucidativo enorme acerca do objeto sobre o qual ela atua, capaz de detalhá-lo e delimitá-lo.

Há algum tempo, deparei-me com uma reportagem do The New York Times. O vídeo relatava algo que se passava no Estado de Assam, na Índia, onde se construíam campos de detenção. Essas novas prisões, em péssimo estado, estão sendo construídas para receber milhares de pessoas que estavam sendo consideradas imigrantes ilegais após ocorrer, no Estado, um programa de registro de cidadãos na província.

Um dos entrevistados, Azbahar Ali, era cidadão indiano há décadas, inclusive com documentos provando que votava desde 1985. Porém, após identificarem um erro na escrita de seu nome, perdeu a nacionalidade e foi,

por conseguinte, preso como imigrante ilegal, até pagar a fiança depois de quatro anos aprisionado. Durante esse tempo, perdeu grande parte de seu patrimônio para pagar despesas relacionadas ao processo e sua esposa se suicidou.

A questão ressoou até hoje: como um cidadão pode ser declarado ilegal da noite para o dia? Por que tantos direitos que temos como básicos, fundamentais, Direitos Humanos, podem ser subitamente privados de nós? Não é tarefa fácil dissertar sobre essas questões e tudo que elas envolvem.

Sem embargo, isso não irá deter o presente ensaio. Ao invés disso, façamos da amplitude dessas questões um instrumento metodológico. Sempre é possível colher bons frutos de uma análise multidisciplinar e completa dos fenômenos.

Sendo assim, buscaremos desenvolver sobre o que significa o vínculo de nacionalidade, sua natureza e o que ele envolve, aclarar o que se compreende como direito fundamental e a forma que influencia esse vínculo e, finalmente, recorrer a exemplos históricos que demonstram não se tratar de casos isolados. Essas são algumas das diretrizes que guiarão o desenvolvimento do ensaio, sem, porém, se esconder de outros temas que possam se impor.

Faremos uso extensivo da doutrina, além de outras ciências, e do que já se tem sobre acerca da matéria, buscando elencá-las tendo em vista o objetivo final de identificar a posição central desempenhada pela nacionalidade na dinâmica dos direitos fundamentais. Como consequência, será importante a influência de alguns campos, como o direito constitucional, e dentro deste a teoria do Estado, e o direito internacional.

2. Estado, Poder e Povo

2.1 Introdução

Talvez uma das tarefas mais difíceis deste trabalho seja conceituar o Estado. Não é por menos que é possível considerá-lo o auge da capacidade humana de criação através da linguagem e da razão. Afinal, como pode uma abstração ser capaz de ter a lealdade de milhões, determinar a identidade dos indivíduos, prender e até matar sob o véu da legitimidade?

O estudo do Estado é indispensável tendo em vista o objetivo da presente dissertação, a análise de casos contemporâneos de perseguição de minorias através do cerceamento da nacionalidade. Ora, o poder com maior capacidade para potencializar o acossamento de populações inteiras não poderia ser outro senão o do Estado, em cujo bojo se desenvolve uma relação específica entre ele e as pessoas que o constituem.

Isto inclui tanto sua fenomenologia social como jurídica. Norberto Bobbio aponta como dois grandes nomes que enfrentaram o tema, Georg Jellinek e Max Weber, faziam a distinção sociológica da jurídica. Segundo o primeiro, a sociologia se ocuparia da existência objetiva do Estado na história, enquanto o direito trataria das normas jurídicas que nela atuam. Já Weber efetua a separação entre validade empírica das normas e validade ideal respectivamente. Bem, evidentemente ambos pontos de vista dialogam diretamente com os temas que serão discutidos aqui e, como também afirma Bobbio, o fenômeno do Estado contemporâneo é tão complexo que exige ambas as abordagens.

Não poderia ser diferente acerca de um conceito tão impactante e influente, sobre o qual sobram trabalhos e escritos. Seu conceito e sua origem abrem espaço para uma infinidade de postulações. Alguns voltam até um suposto estado de natureza para fundamentar sua epistemologia, outros visitam o tempo dos clássicos e há aqueles que partem da modernidade.

Todos analisam-no sobre diferentes óticas e aspectos que delineiam o caminho de seus trabalhos e as conclusões.

Por isto, será necessário determinar uma fronteira, caso contrário correríamos o risco deste objeto secundário tomar de assalto esta dissertação para si mesmo, tamanho poder de aglutinação do fenômeno. Jellinek, há mais de um século, já previa a dificuldade de se estudar o fenômeno do Estado:

En vez de demostraciones se hacen construcciones con las que se pretende, mediante la explicación de la evolución de las relaciones humanas, hacer más comprensibles los fenómenos históricos o determinar el porvenir de la historia. Cada cual puede apriorísticamente o extrayéndola del material acumulado, formar la teoría que más le satisfaga, agradando así toda clase de exigencias políticas y sociales. Ante tal situación, sólo cabe a quienes investiguen sobre ciencias del Estado, dos posibilidades: o la de arriesgarse por el camino de las hipótesis vacilantes para hacer una profesión de fe sobre los comienzos de las instituciones sociales, o la de renunciar al conocimiento de tales orígenes, en la convicción de que, dadas las actuales pruebas (y probablemente lo mismo pasará siempre), es imposible fundar una disciplina de las ciencias sociales sobre datos que puedan explicar suficientemente el incesante cambio de los fenómenos desde su nacimiento. Esta segunda orientación es la que conviene al investigador científico que no se propone investigar por sí mismo la historia primitiva, sino sacar resultados y utilizarlos para sus fines.¹ (JELLINEK, 2000, p. 69–70)

Para fugir de um tratado sobre o Estado, devemos ater-nos à finalidade deste trabalho: a nacionalidade. Portanto, o objeto aqui será a dimensão específica da relação entre o Estado e o indivíduo, sua evolução e a situação em que se encontra. Conforme antecipamos, a complexidade do conceito é evidente: a coletividade na qual o indivíduo está inserido concebe um Estado que tem o poder de reconhecer a própria existência daquele como parte da comunidade, ou seja, delimitar o próprio grupo que o compõe.

A análise multifocal permite entender essa relação de forma integral, buscando responder perguntas que indicam uma via de mão dupla: O que forma o Estado e como se define o vínculo desse às pessoas? A resposta para

¹Ao invés de demonstrar-se, busca-se construções a partir das quais se explica a evolução das relações humanas, faz-se mais compreensíveis os fenômenos históricos ou determinar o porvir da história. Pode-se apriorísticamente, ou extraindo-se do material acumulado, formar a teoria que mais satisfaça, correspondendo a todo tipo de exigência política e social. A partir disto, aqueles que investigam o Estado têm duas opções: arriscar uma hipótese sobre o começo das instituições sociais ou renunciar a esta busca, convencendo-se que, a partir das provas atuais, é possível fundamentar uma disciplina de ciências sociais para explicar as mudanças dos fenômenos. Esta última opção agrada aquele pesquisador que busca resultados para utilizá-los a seus fins. (Tradução Nossa);

as respectivas perguntas é fundamental para o desenvolvimento posterior desta dissertação. Inclusive, o próprio Jellinek, um dos pais da teoria do Estado, observa em seu longo tratado os diversos planos de sua abordagem: como fenômeno social, como realidade jurídica e como normatividade (JELLINEK, 2000).

Adiantando algumas perspectivas, nosso interesse se inicia com o Estado Moderno, considerado precursor direto da sua versão contemporânea, sucessor de muitas de suas características, das quais a soberania e o povo serão foco. Sem embargo, recorrer ao período clássico sempre traz bons proveitos, e aqui não é diferente.

2.2 Histórico

Em Roma Antiga, ainda que as relações fossem muito limitadas à Cidade-Estado, semelhante à *polis* grega (JELLINEK, 2000, e DALLARI, 2016), e os institutos muito difusos, observava-se uma separação muito conhecida entre os internacionalistas. Trata-se da divisão feita pelo direito de então entre os cidadãos de Roma e os demais, o *ius civile* e *ius gentium*, aplicados a cada grupo respectivamente.

Os pretores e demais administradores da justiça determinavam a aplicação da lei com base neste reconhecimento. Exemplo disto é os diferentes destinos dados aos primeiros apóstolos cristãos, religião perseguida ainda nos primeiros séculos do Império Romano, após suas capturas. São Paulo e São Pedro, ambos foram executados, porém de formas diferentes devido à cidadania romana do primeiro. Enquanto Paulo foi decapitado, meio considerado mais justo, Pedro foi crucificado de ponta cabeça.

Portanto, reconheciam certos indivíduos como romanos, diferentes dos demais, e, assim, pertencentes a essa comunidade política. Por isto, seriam titulares de direitos desta comunidade, vinculados àquele ordenamento jurídico.

The Romans had a profound respect for organisation and the law. The law knitted together their empire and constituted a vital source of reference for every inhabitant of the far-flung domain. The early Roman law (the *jus civile*) applied only to Roman citizens. It was formalistic and hard and reflected the status of a small, unsophisticated society rooted in the soil.² (SHAW, 2008, p. 17)

A dinâmica de atribuição de cidadania percorreu toda a história da civilização romana, em todas suas fases, variando em abrangência e substância. Era algo ainda muito influenciado por questões circunstanciais, tendo em vista as próprias características de Roma Antiga, uma comunidade ainda muito centrada na urbe e direcionada por aqueles poucos que detinham o poder. No excerto acima, inclusive, Shaw destaca esta natureza do “status” de romano, ainda muito diferente da parâmetro atual de nacionalidade.

Em um período ulterior da história da civilização romana, a cidadania acabou abrangendo todos aqueles residentes no território romano, muito em virtude do contexto em que se vivia, onde a oportunidade de ampliar esse “status” beneficiaria aqueles que detinham o poder.

Poder satisfazer a majestade dos deuses imortais de introduzir, no culto dos deuses, os peregrinos, sendo que concedo a todos os peregrinos que vivem no território a cidadania romana, salvaguardando os direitos das cidades, com exceção dos Bárbaros vencidos. Assim, este édito aumentará a majestade do povo romano.³

Nesta seara, destaca-se que aquelas entidades políticas das sociedades clássicas apresentam uma dupla face que, à primeira vista, pode parecer contraditória. Primeiramente, cabe ressaltar que, enquanto sociedades simples, eram extremamente homogêneas. Isto é, as pessoas compartilhavam laços de semelhança de forma muito mais intensa, e o sociólogo Émile Durkheim nota isso ao discorrer como o direito penal pautava sociedades onde a consciência coletiva era mais potente como consequência da

² Os romanos tinham profundo respeito pela organização e pela lei. A lei juntava seu império e constituía fonte de referência vital para todo habitante de seu extenso domínio. A lei romana mais antiga (*ius civile*) era aplicada apenas a cidadãos romanos. Era formalista, rígida e refletia uma sociedade pequena, não sofisticada, apegada ao solo. (Tradução nossa);

³ Édito de Caracala, 212 d.C;

similitude de costumes, hábitos e, principalmente, simples divisões do trabalho.

Assim, a análise da pena confirmou nossa definição do crime. Começamos estabelecendo, de forma indutiva, que este consistia essencialmente num ato contrário aos estados fortes e definidos da consciência comum; acabamos de ver que todas as características da pena derivam, de fato, dessa natureza do crime. Portanto, isso acontece porque as regras que ela sanciona exprimem as similitudes sociais mais essenciais. (DURKHEIM, 2010, p. 78)

Neste sentido que as adjetivamos de difusas. Não se enxerga uma fronteira entre moral, direito, religião e outros componentes da sociedade, visto que se encontravam em uma coesão forte baseada justamente na similitude desses valores. Por isto, os três grandes sistemas de regulação e ordenamento da vida humana, o direito, a religião e a moral formavam, naquele tempo, quase uma unidade. Embora Miguel Reale aponte que filósofos e estudiosos antigos prenunciavam uma diferença entre moral e direito, a realidade social de então era de total absorção do indivíduo pelos grupos sociais (KONDER, 2006).

Por outro lado, a sociedade romana se tratava de um conjunto extremamente estratificado onde a cidadania pouco indicava o real “status” da pessoa. Por essa razão, simultaneamente, era uma comunidade política heterogênea, pouco permeada por qualquer princípio de igualdade, sendo o poder soberano resultado de um grupo detentor bem limitado.

A palavra cidadania foi usada na Roma antiga para indicar a situação política de uma pessoa e os direitos que essa pessoa tinha ou podia exercer. A sociedade romana fazia discriminações e separava as pessoas em classes sociais. Havia, em primeiro lugar, os romanos e os estrangeiros, mas os romanos não eram considerados todos iguais, existindo várias categorias. Em relação à liberdade das pessoas era feita a diferenciação entre livres e escravos, mas entre os que eram livres também não havia igualdade, fazendo-se distinção entre os patrícios – membros das famílias mais importantes que tinham participado da fundação de Roma e por isso considerados nobres – e os plebeus – pessoas comuns que não tinham o direito de ocupar todos os cargos políticos. Com o tempo foram sendo

criadas categorias intermediárias, para que alguns plebeus recebessem um título que os colocava mais próximos dos patrícios e lhes permitia ter acesso aos cargos mais importantes. Quanto à possibilidade de participar das atividades políticas e administrativas havia uma distinção importante entre os próprios romanos. Os romanos livres tinham cidadania; eram, portanto, cidadãos, mas nem todos podiam ocupar os cargos políticos, como o de senador ou de magistrado, nem os mais altos cargos administrativos. Fazia-se uma distinção entre cidadania e cidadania ativa. Só os cidadãos ativos tinham o direito de participar das atividades políticas e de ocupar os mais altos postos da Administração Pública. (DALLARI, 2016, p. 17–18)

Dessa forma, entendemos porque, já nos últimos séculos de Roma, atribuía-se a cidadania a todos que residiam dentro da fronteira do império. Some-se a isto as pretensões expansionistas, a intenção de incorporar vastas terras à unidade política.

Enquanto na República havia categorias diferentes entre os homens livres para concentrar o poder, nesta fase da civilização romana a concentração se deu na figura do imperador ao qual todos se submetiam. Ademais, o período ainda é marcado por constantes migrações populacionais, rotineiras guerras civis, grande número de populações escravas e a terra é distribuída a militares.

Inobstante, apresenta-se para nós como uma forma incipiente do que hoje chamamos de nacionalidade, ou cidadania. Ou seja, aquela entidade política, mesmo que difusa e simplista, estabelecia, com um grupo determinado de pessoas, uma relação bilateral, garantindo-lhe certos direitos como parte integrada do conjunto. Ainda por cima, determinava um direito aplicável àqueles que faziam parte deste grupo delimitado, o *ius civile*, isto é, uma forma precária de estabelecer jurisdição sobre uma população, que se destacava, por outro lado, por uma forte centralização e unidade do poder.

Dalmo Dallari, em sua Teoria do Estado, identifica que a expansão da cidadania romana teve o duplo objetivo de integrar juridicamente os povos conquistados e manter o poder de uma classe política. Sendo assim, a cidadania desempenhava uma função ambígua. Ao passo que garantia

direitos e integrava o indivíduo à comunidade, esta integração era assimétrica à serviço de Roma.

Conhecido é o caso dos *foedus*, tribos bárbaras que assentavam no território romano, em troca de certas obrigações, notadamente militares no fornecimento de tropas. Embora não fossem cidadãos de Roma, demonstram o quanto difusa era aquela forma antiga de Estado e a submissão, em última análise, aos interesses da cidade de Roma, que constituía o cerne daquela constituição política, e sua ânsia expansionista.

A divisão em categorias - livres e escravos, patrícios e plebeus, romanos e peregrinos⁴ - era o fenômeno que indicava a cidadania como instrumento último de uma sociedade estamental. Portanto, por mais que houvesse a delimitação dos civis romanos, estava longe de ser uma categoria uniforme, que definia um grupo de iguais sob um Estado. Na verdade, havia diferenças ainda mais relevantes dentro e fora deste grupo.

Importante relatar este período para fazer a diferenciação com o ponto de onde parte nosso estudo. Observamos o fenômeno de delimitação do grupo de pessoas pertencentes a comunidades políticas, de indivíduos como parte integrante do corpo político e de submissão a um poder central. Portanto, o período romano, antecedido pelos gregos, oferece-nos uma série de parâmetros sobre os quais pensadores posteriores estabeleceram os contornos do Estado e seu legado resta evidente através da análise dos fatos sociais e jurídicos daquelas civilizações. Ressalta-se que essas experiências circundam as heranças que levaram ao desenvolvimento do Estado Moderno na Europa e que, assim, abarcam apenas a história dessas entidades políticas prévias do Ocidente.

Roma Antiga, todavia, era caracterizada, por exemplo, pelo poderio militar descentralizado, pelas constantes disputas internas e guerras civis,

⁴ Forma como se referiam aos estrangeiros;

pela presença de outras configurações políticas, tal como as federações bárbaras supracitadas e entidades autônomas tal como o Egito. Embora seja nossa fonte milenar do direito público, era, como a maioria das sociedades da época, turva a fronteira entre moral, religião e direito. O pertencimento a uma família, que tinha uma configuração diferente da atual, era na maioria das vezes mais importante do que a cidadania romana em si. Por essa razão que devemos avançar no nosso estudo acerca do Estado e encontrar o desenvolvimento de tais sementes do Estado Moderno e as características que sobrevieram.

2.3 Soberania

O Estado tal como concebido e conhecido na atualidade, pode ser datado do período da Renascença, onde surge, conceitualmente, um de seus pilares centrais e que iniciará esse estudo teórico: a soberania. As teorias que se desenvolveram ao longo dos séculos e tornaram-se unanimidade na sua conceituação jurídica ditam que a soberania é característica indissociável do Estado Moderno. Este, por sua vez, tem elementos formadores que variam de acordo com a doutrina.

Para determinar em que pilares se concebe o Estado, muitas características são mobilizadas. Algumas, como o território e a população, constituem elementos fundamentais que estão presentes em todas as definições dadas pelos autores. Del Vecchio, que desenvolve talvez a fórmula mais sucinta e genérica, coloca a soberania, ou o vínculo jurídico, ao lado dessas duas últimas. Outros vão além, adicionando fatores como um governo funcional e autônomo, a capacidade de se relacionar com outros Estados ou ter seu reconhecimento e, por último, sua finalidade (MAZZUOLI, 2011).

Dentro da doutrina internacionalista, alguns instrumentos tentam estabelecer os critérios que dão origem a um Estado. Nesse sentido, temos a Convenção de Montevideo sobre os Direitos e Deveres do Estado, de 1933,

que estabelece algumas linhas sobre as quais as doutrinas de Direito Internacional Público se debruçam.

Article 1 of the Montevideo Convention on Rights and Duties of States, 1933 lays down the most widely accepted formulation of the criteria of statehood in international law. It notes that the state as an international person should possess the following qualifications: ‘(a) a permanent population; (b) a defined territory; (c) government; and (d) capacity to enter into relations with other states. The Arbitration Commission of the European Conference on Yugoslavia in Opinion No. 1 declared that ‘the state is commonly defined as a community which consists of a territory and a population subject to an organised political authority’ and that ‘such a state is characterised by sovereignty’. It was also noted that the form of internal political organisation and constitutional provisions constituted ‘mere facts’, although it was necessary to take them into account in order to determine the government’s sway over the population and the territory.⁵ (SHAW, 2008, p. 198)

Debates doutrinários à parte, é relevante destacar os elementos do povo e da soberania, ou poder soberano. Tratam-se, evidentemente, dos dois polos da relação bilateral objeto deste trabalho, pois o primeiro determina a delimitação do segundo, que, por sua vez, constitui o primeiro, ciclo este que será exaustivamente visto no presente ensaio.

Ao percorrer o período romano, observamos que se tratava de uma unidade política que, em diversos momentos, atingiu um alto grau de controle sobre o território em uma figura centralizada. Após o fim do Império Romano do Ocidente, contudo, iniciou-se o período histórico da Idade Média, quando essa força política se torna mais difusa. As relações feudais substituem as relações cidadinas das civilizações clássicas. A relação entre indivíduo e comunidade política é substituída pela relação entre o indivíduo e a terra. Donos da terra de um lado, os nobres, e servos da terra de outro, camponeses.

⁵ “O Artigo 1 da Convenção sobre os Direitos e Deveres do Estado de Montevideo, 1933, estabelece a fórmula mais aceita do critério que define Estado no direito internacional. Ela subscreve que o Estado como pessoa internacional deve possuir as seguintes qualificações: ‘(a) uma população permanente; (b) um território definido; (c) um governo; e (d) capacidade de se relacionar com outros Estados. A Comissão de Arbitragem da Conferência Europeia sobre a Iugoslávia, na Opinião nº1, declarou que ‘o Estado é usualmente definido como comunidade que consiste de um território e uma população sujeita a uma autoridade política organizada’ e que ‘esse Estado é caracterizado pela soberania’. Também aponta que a forma de organização política interna e os provimentos constitucionais são ‘meros fatos’, ainda que seja necessário considerá-los para determinar o controle do governo sobre a população e o território.” (Tradução Nossa);

O declínio das cidades e do grande comércio fragmenta um Ocidente em que o poder é exercido sobretudo pelos proprietários de grandes domínios e a Igreja. Mas a riqueza desses novos poderosos funda-se essencialmente em terras e em homens que vieram a se tornar servos, ou ainda em camponeses de reduzida independência (LE GOFF, 2015, p. 18)

O fim da civilização romana e o processo de desurbanização e retração do comércio que acompanharam representaram o fim de sistemas políticos centralizados e uniformes na região europeia. A sociedade cristã medieval se divide em uma série de categorias, clérigos, nobres, camponeses, artesãos e comerciantes, em territórios extremamente descentralizados, sem um símbolo de autoridade claro e com poder difundido entre milhares de nobres que se engajavam em relações de suserania e vassalagem (DALLARI, 2016). Portanto, no mesmo pedaço de terra, um sujeito poderia estar submetido a ordenamentos de diferentes origens, seja do nobre dono da terra à qual está vinculado, do direito canônico que tinha origem na Igreja ou do direito comunal que se perpetuava na tradição de certas comunidades.

La historia de la Edad Media principia con formaciones políticas rudimentarias, que lentamente van ascendiendo hasta llegar a ser lo que hoy denominamos Estado en el pleno sentido de la palabra. Mas en este proceso de formación de los Estados influye poderosamente la antigua idea de la unidad del Estado. La imagen, nunca olvidada, del imperio romano con su organización firme, la centralización y la concentración del poder, determina en parte, probablemente, el nacimiento y el desarrollo de los grandes imperios de la Edad Media, los más de los cuales sólo pudieron vivir breve tiempo para desaparecer por completo o para dividirse.⁶ (JELLINEK, 2000, p. 306–307)

A religião, nesse momento, constituía-se como o único fator que congregava os diferentes feudos. Por isto, é um período marcado pelo direito canônico disputando espaço ao lado dos costumes locais e das disputas nobiliárquicas (JELLINEK, 2000). Se antes a residência no Estado Imperial romano garantia o pertencimento ao arcabouço jurídico de determinada

⁶ “A história da Idade Média começa com formações políticas rudimentares que lentamente vão ascendendo até tornarem-se o que hoje denominamos Estado no sentido completo da palavra. Porém, esse processo de formação dos Estados é muito influenciado pela antiga ideia de unidade do Estado. A imagem, nunca esquecida, do Império Romano com sua organização firme, a centralização e a concentração do poder determina, em parte, provavelmente, o nascimento e desenvolvimento dos grandes impérios da Idade Média, os quais só puderam viver breves momentos antes de desaparecer por completo ou dividir-se” (Tradução Nossa);

comunidade, agora a profissão da fé era o nexo que relacionava indivíduos de diferentes vilas e campos a uma entidade comum. Em um escopo menor, a comunhão de hábitos e valores, cultura, sujeitava a pessoa ao direito costumeiro da localidade. De nenhum lado, contudo, observa-se uma relação de direito público com a comunidade ou as características das quais discorreremos aqui.

El Estado de la Edad Media se encontraba limitado por los fundamentos mismos de su evolución política, y además por otra razón desconocida del Estado antiguo. Desde la caída del Imperio romano de Occidente muéstrase la unidad de la Iglesia como en oposición a la variedad de los nuevos Estados en formación. (...) Si, pues, la Iglesia afirmó su superioridad sobre el Estado, como pasó en las luchas contra el imperio en los siglos XI a XIII, o si contra su voluntad fue constreñida a ponerse al servicio del Estado, como aconteció en Francia en el siglo XIV, a la postre, siempre y en toda circunstancia, ella representaba la existencia de un amplio dominio de la vida humana en común que escapaba a la soberanía y al influjo del Estado.⁷ (JELLINEK, 2000, p. 310)

Por mais que tenha havido um regresso no desenvolvimento institucional do que conhecemos hoje como Estado, o período medieval assistiu a várias tentativas de restauração do modelo imperial romano. Assim, temos o Império Carolíngio, o Sacro-Império Romano Germânico e o Império Bizantino. Porém, como já se observou, a descentralização impedia uma configuração que se assemelhasse à romana. Além disto, os institutos feudais tornavam essas entidades em títulos distribuídos na herança. Neste sentido, os autores são unânimes no recuo nas características que atribuímos ao Estado nesse período.

Todavia, não obstante todos retrocessos materiais, também se consolidaram alguns pilares, fundamentos e condições para o surgimento do Estado Moderno logo em seguida. As populações paulatinamente se fixaram à terra, consolidaram culturas e, ao fim do período, desenvolveram cidades,

⁷ “O Estado da Idade Média se encontrava limitado pelos mesmos fundamentos de sua evolução política e por outra razão desconhecida pelo Estado Antigo. Desde a caída do Império Romano do Ocidente, revela-se a oposição entre a unidade da Igreja e a variedade de novos Estados em formação. (...) Se, pois, a Igreja afirmou sua superioridade sobre o Estado, como ocorreu em lutas contra o Império nos séculos XI a XIII, ou se foi constringida a servir ao Estado, como aconteceu na França no século XIV, finalmente, sempre, e em todas circunstâncias, representava a existência de um amplo domínio da vida humana em comum que escapava à soberania e à influência do Estado.” (Tradução Nossa);

comércio e uma tradição jurídico-institucional. Assim, tornou-se possível o advento do Estado-Nação, virada epistemológica que inaugura um novo momento do fenômeno, que se prolonga até os dias de hoje.

Não só o final da Idade Média vê as condições materiais permitirem, novamente, o surgimento de uma entidade política centralizada, mas também propicia avanços no pensamento acerca do fenômeno. É conhecido o trabalho dos glosadores e pensadores no resgate daquilo que se havia perdido com o fim da civilização romana. Ademais, algumas características do medievo ofereceram, da mesma forma, suas contribuições, principalmente o cristianismo, que representava, através da igreja, a unidade almejada pelos Estados incipientes.

Conjugados os três fatores que acabamos de analisar, o cristianismo, a invasão dos bárbaros e o feudalismo, resulta a caracterização do Estado Medieval, mais como aspiração do que como realidade: um poder superior, exercido pelo Imperador, com uma infinita pluralidade de poderes menores, sem hierarquia definida; uma incontável multiplicidade de ordens jurídicas, compreendendo a ordem imperial, a ordem eclesiástica, o direito das monarquias inferiores, um direito comunal que se desenvolveu extraordinariamente, as ordenações dos feudos e as regras estabelecidas no fim da Idade Média pelas corporações de ofício. Esse quadro, como é fácil de compreender, era causa e consequência de uma permanente instabilidade política, econômica e social, gerando uma intensa necessidade de ordem e de autoridade, que seria o germe da criação do Estado Moderno. (DALLARI, 2016, p. 76)

Não há nada de excepcionalmente novo em afirmar que toda instituição social, todo fenômeno da vida humana ou dinâmica da sociedade têm profundas raízes em processos históricos e relações de ordem cultural, social, política e econômica. Dito isso, o Estado Moderno nasce desses determinados contextos aqui expostos: a herança clássica, o assentamento de comunidades, o desenvolvimento urbano e comercial após a Peste Bubônica, a necessidade casuística de buscar-se ordem e autoridade, o estabelecimento de exércitos permanentes e dentre outras fatores que surgem no seio da Renascença europeia.

Havia, conforme dissertado por Dallari, uma ânsia pela unidade que se foi desenvolvendo no seio das questões medievais, ânsia esta que seria correspondida pela afirmação do poder soberano, superior e definitivo sobre

todos aqueles diversos poderes que se encontravam dentro de determinado território.

Destarte, conforme supracitado, esse processo adveio de um lento desenvolvimento nos séculos finais da Idade Média. Na Inglaterra, excepcionalmente mais precoce, podemos traçar o processo desde o século XI com a conquista normanda, por Guilherme I, seguido, por exemplo, por trabalhos de João de Salisbury⁸ e o reinado de João Sem Terra, que deu origem à Carta Magna.

Na França, destaca-se a dinastia Capeto, principalmente com o reinado de Felipe o Belo, que foi marcado pela burocratização e institucionalização da monarquia, visando à tão sonhada unidade. O país se consolidou principalmente através de guerras e casamentos reais, sendo seu território, após o período do Império Angevino, aproximando-se do atual com o fim da Guerra dos Cem Anos.

Na península ibérica, tivemos os casos de Espanha e Portugal, dois exemplos que tiveram o caminho diferenciado pela reconquista. A retomada de territórios sob controle muçulmano possibilitou o fortalecimento das monarquias, pois aquelas terras novas não tinham, como no restante da Europa, um dono legítimo (os muçulmanos eram extirpados de suas terras) viabilizando esse processo de unificação.

Portugal, inclusive, é considerado o primeiro caso concreto de um Estado Moderno unificado. Isto porque quase todo seu território atual já era pouco fragmentado. Raymundo Faoro, por exemplo, vai além e afirma que o país não conheceu o período feudal, aquelas relações já citadas que caracterizaram um momento de distanciamento do poder centralizado do Estado Moderno.

Esses foram alguns dos momentos iniciais deste processo e demonstram as situações relatadas por Dallari. O auge da centralização se dá

⁸ O trabalho de João de Salisbury (1120-1180), *Politicarius*, é considerado um dos primeiros escritos de teoria política, ditando a função dos príncipes (monarcas), as leis do reino e outras características que seriam resgatadas por autores posteriores;

no século XVI, quando também se sedimenta a forma de governo absolutista. Consolidou-se, então, a autoridade sobre um governante, impondo uma mesma vontade e um mesmo corpo jurídico e administrativo sobre vastos territórios, que desenvolveram uma cultura comum.

Mas nunca deslembrar que foi a soberania, por sem dúvida, o grande princípio que inaugurou o Estado Moderno, impossível de constituir-se se lhe falecesse a sólida doutrina de um poder inabalável e inexpugnável, teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção. (BONAVIDES, 2018, p.41)

Conforme assinalado por Paulo Bonavides, o conceito de soberania foi objeto de teorização em seu tempo. Assim, diversos intelectuais contemporâneos ao surgimento do Estado Moderno já começaram a desenhar o que seria essa instituição, dos quais os mais relevantes são Maquiavel e Hobbes. A partir destes trabalhos, vê-se claramente a consciência na existência do Estado, sobre um poder soberano, que era extemporâneo e transcendia do governante.

Maquiavel geralmente é reconhecido pelo pioneirismo no uso da terminologia do Estado. Assim o renascentista que participou de cortes italianas inicia sua obra, uma carta a um Príncipe: “Tutti gli Stati e tutti i Dominii, che hanno avuto ed hanno potere sopra gli uomini, sono stati e sono o repubbliche o principati”⁹.

Apesar do pioneirismo, não se tratava de um trabalho teórico, algo, porém, que pode ser suprido por Hobbes, cerca de cem anos depois.

Conferir toda a força e o poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir as diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade, é o único caminho para instituir um poder comum (...) Isso significa muito mais do que o consentimento ou concórdia, pois é uma unidade real de todos, numa só e mesma pessoa, por meio de um pacto de cada homem com todos os homens (...) Dessa forma, a multidão assim unida numa só pessoa passa a chamar-se Estado (em latim, Civitas). (HOBBS, 2014, p.141-142)

Através de seus manuscritos, percebe-se a clarividência que já se tinha acerca dessa instituição absoluta e viva dentro da sociedade que transformava

⁹ “Todos os Estados, todos os domínios que tiveram e têm poder sobre os homens foram e são repúblicas ou principados” (Tradução Nossa);

a vontade de todos em uma apenas, diferente daquela. O poder comum, como chama Hobbes, do qual o Estado é titular, deve necessariamente ser revestido de soberania, ser efetivo e supremo dentro de seu território.

Hobbes identifica a vontade geral uniformizada e representada na vontade única do soberano. Sem embargo, a submissão daqueles vinculados a ele é absoluta na condição de súditos, pois sua legitimidade se reveste no apontamento divino, a quem unicamente cabe sua responsabilização. Porém, isto será tratado mais à frente.

Em outra obra sua, *Diálogo Entre um Filósofo e um Jurista* (HOBBS, 2004, p. 42–43), o intelectual inglês expõe o papel central da soberania através da fala do jurista:

Se uma nação escolhe um homem ou uma assembleia de homens para governá-la pelas leis, ela deve equipá-los também com homens armados e dinheiro, e todas as demais coisas necessárias ao seu ofício, caso contrário tais leis não terão força e a nação permanecerá, como antes, na confusão.

Ao que o filósofo reforça:

Concordamos também quanto a que o rei não pode tornar suas leis efetivas e nem defender o povo contra seus inimigos sem o poder de recrutar soldados, e portanto que ele pode legitimamente, quantas vezes julgar necessário, recrutar um exército, que em algumas ocasiões será muito grande, e levantar dinheiro para mantê-lo.

Tal diálogo nos faz recordar, inclusive, da definição clássica dada por Max Weber, séculos depois, e que se tornou paradigma dentro das ciências sociais. Em uma de suas mais famosas exposições, *Política como Vocação*, um dos mais reconhecidos sociólogos nos oferece uma definição sucinta:

O Estado aponta para aquela comunidade humana, que requisita para si (com sucesso), no interior de uma determinada região, o monopólio da violência física legítima (...) ele é considerado como a fonte única do 'direito' à violência (WEBER, 2015, p. 62).

Ainda, no seu trabalho mais extenso, *Economia e Sociedade*, Volume 2, Weber elabora uma definição mais técnica dentro de sua epistemologia:

Compreendemos por comunidade política aquela em que a ação social se propõe a manter reservados, para a dominação ordenada pelos seus participantes, um "território" e a ação das pessoas que, de modo permanente ou temporário, nele se

encontram, mediante a disposição do emprego da força física, normalmente também armada. (WEBER, 2000, p. 155)

Ainda que seja um autor mais recente e de outra área, citar Weber é importante para realçar o surgimento do Estado, principalmente no campo teórico, demonstrando que os autores da modernidade nascente já identificavam sua presença na dinâmica social.

Mais além, esses escritores, assim como na definição sociológica, assinalam a relação que buscamos aqui: a dominação sobre o homem. Dominação, no caso, no sentido weberiano: autoridade do poder soberano em determinar ordens a uma população e encontrando nela aceitação e legitimidade. Portanto, o poder soberano e aqueles que a ele estão vinculados, o povo.

Embora tenhamos percorrido momentos pontuais de interesse desde a época clássica, assinalando relações bilaterais entre a comunidade política e seu aspecto humano, não é unânime o momento de surgimento do Estado, nem mesmo dentro do campo de cada ciência social. Apesar disto, há uma data a partir da qual todas as definições passam a considerar sua existência de Estados, pelo menos em sua forma de Nação: a Paz de Westfália.

Neste momento da história, a instituição do Estado torna-se palpável, corporificada e, o que talvez mais evidencie o fenômeno, imerso dentro de uma sociedade de iguais, um reconhecendo a existência do outro (DALLARI, 2016). O elemento matriz da soberania é expressado no tratado e pauta a posterior relação entre as entidades europeias. Esta comunidade de sujeitos, agora internacionais, soberanos e independentes decorre do que fora semeado durante a Idade Média, aquele paradigma unificador desempenhado pelo cristianismo.

La Iglesia ofreció a los Estados de la Edad Media el ejemplo vivo y permanente de una asociación unitaria que no admite dentro de sí división ni oposición alguna, mostrando con ello de un modo indubitable el valor que tiene una organización autoritaria y monista¹⁰ (JELLINEK, 2000, p. 311)

¹⁰ “A Igreja ofereceu aos Estados da Idade Média o exemplo vivo e permanente de uma associação unitária que não admite dentro de si divisão nem oposição nenhuma, mostrando com isso, de modo indubitável, o valor que tem uma organização autoritária e monista.” (Tradução Nossa);

Portanto, a Paz de Westfália, indiscutivelmente, representa a primeira aparência clara da soberania e dos Estados Modernos como um todo. A partir dos parâmetros estabelecidos no acordo, desenvolveu-se os demais elementos e características que passamos a conhecer, tal como os ordenamentos jurídicos e toda evolução do direito público.

O poder soberano que surge neste momento é muito autêntico e corresponde às necessidades e contextos da época. A convivência de entidades políticas, cada uma com uma clara hierarquização que possibilita identificar um poder central, cada qual com seu ordenamento e com o desenvolvimento das atividades produtivas e comerciais, além de muitos outros fatores, torna uma necessidade a teorização e delimitação do poder soberano (DALLARI, 2016).

Na concepção moderna, a soberania do Estado opera de forma integral, terminante e homogênea sobre cada centímetro quadrado de um território legalmente demarcado. Mas, no imaginário mais antigo, onde os Estados eram definidos por centros, as fronteiras eram porosas e indistintas, e as soberanias se esvaeciam imperceptivelmente uma dentro da outra. Daí, em certo paradoxo, a facilidade com que os reinos e impérios pré-modernos conseguiram manter seu domínio sobre populações imensamente heterogêneas, e muitas vezes nem vizinhas, por longos períodos de tempo. (ANDERSON, 2008, p. 48)

Enfim, todas mudanças destacadas acabam pondo fim a sua própria raiz, o universalismo cristão da idade média e, assim, se sedimenta os particularismos de um continente fragmentado em entidades políticas. Se no decorrer desse período de teorização não restou claro o que é a soberania e seu papel central na configuração do Estado, autores mais recentes delimitam-na de forma mais atualizada e sucinta.

El poder que está dotado de esta fuerza es un poder de dominación, y, por consiguiente, poder del Estado. La dominación (Herrschen) es la cualidad que diferencia al poder del Estado de todos los demás poderes. Allí donde hallamos el poder de dominación, bien sea en una sociedad inserta en la vida del Estado o en un individuo, es porque procede del poder del Estado. Incluso cuando esta dominación ha llegado a ser derecho propio de una asociación, no tiene un carácter originario, sino que es siempre poder derivado.¹¹ (JELLINEK, 2016, p.397)

¹¹ “O poder que está dotado desta força é um poder de dominação, e, conseqüentemente, poder do Estado. A dominação é a qualidade que diferencia o poder do Estado de todos os demais poderes.

A característica fundamental do poder do Estado é a soberania, alguns autores tratam de forma igual e outros buscam diferenciá-los, tal como o próprio Jellinek. Dalmo Dallari, por sua vez, enumera uma série de características da soberania, extraídas dos mais diversos autores, desde Jean Bodin a Marsílio de Pádua, um daqueles intelectuais clássicos. O poder soberano é uno, indivisível, inalienável, imprescritível, originário, incondicionado e coativo (DALLARI, 2016).

Outras questões que ficam em aberto, tal como a fonte de legitimidade deste poder e sua finalidade, vão modificar a própria natureza do Estado e deste poder, ao que Dallari chama de justificação e titularidade da soberania.

2.4 Povo

Se o Estado-Nação nasce com a Paz de Westfalia (DALLARI, 2016), urge compreender o conceito que adjetiva essa nova forma do fenômeno: a Nação. A importância deste conceito se justifica pelo seu momento histórico. No crepúsculo das monarquias absolutistas, houve a necessidade de legitimar e simbolizar um novo Estado do qual a vontade não advinha de um único indivíduo todo poderoso, mas do grupo de pessoas que o compunha. Ora, a Nação seria, então, o Estado que se confundia com a projeção de uma comunidade específica.

Surge, então, como pura criação artificial, o conceito de Nação, que seria largamente explorado no século XVIII para levar a burguesia, economicamente poderosa, à conquista do poder político. Era em nome da Nação que se lutava contra a monarquia absoluta, dando-se a entender que era justo e necessário que o povo assumisse o seu próprio governo. (...) Mas o exame apenas superficial dos componentes de qualquer Estado contemporâneo, ressalvadas apenas algumas exceções relativas a Estados minúsculos, revela já que a regra é o plurinacionalismo, ou seja, em cada povo há indivíduos pertencentes a várias Nações. Esse plurinacionalismo, significando a existência, dentro do mesmo Estado, de grupos sociais claramente distintos por sua cultura e por seus costumes, tem influência sobre a organização do Estado, que procura a unidade jurídica

Onde achamos o poder de dominação, seja na sociedade imersa na vida do Estado ou em um indivíduo, é porque procede do poder do Estado. Inclusive, quando essa dominação é direito próprio de uma associação, não tem caráter originário, pois sempre será poder derivado.” (Tradução Nossa);

respeitando os valores fundamentais do homem, devendo, assim, conciliar a igualdade jurídica e a diversidade cultural. (DALLARI, 2016, p. 132–135)

Trata-se, portanto, de uma história extensa sobre a consolidação dos ordenamentos e das burocracias estatais, seja através das recém surgidas universidades, dos exércitos permanentes, do comércio potencializado pelo início da “pequena” globalização com as grandes navegações do período colonial e da urbanização. O período da Renascença e do Iluminismo trouxe inovações em todas searas do conhecimento humano, ainda mais em matéria de Estado e sociedade. Além dos autores que já citamos, é relevante lembrar o desenvolvimento do direito comercial, penal (Beccaria), do estabelecimento de moedas estáveis (padrão ouro), da tributação, das reformas religiosas, da administração pública e das novas tecnologias, tal como a imprensa.

Neste sentido, aqueles Estados Modernos incipientes, dos quais alguns já foram citados, seguiram uma rota de sucessivo fortalecimento, ficando cada vez mais em evidência o poder soberano desatrelado da figura do governante, ainda que se vivesse a época do absolutismo. Através desse processo de fortalecimento, as fronteiras se tornavam mais robustas e a população em seu interior passava a perceber-se pertencente a esta entidade nova, enquanto as Nações que surgiam se expandiam e buscavam garantir unidade, jurídica e cultural, sobre novos territórios.

Quando o povo incorpora a alma da Nação, toma consciência do destino, proclama os elementos espirituais da identidade ou se revela nas qualidades morais e nas virtudes associativas da cidadania, esse povo é imortal. (BONAVIDES, 2018, p. 47)

Do ponto de vista sociológico, é possível adotar diversas perspectivas do processo que levou às comunidades humanas a organizarem-se em sociedades modernas dentro desses Estados. Seja pelas obras originais de Durkheim, que analisou a mudança das comunidades em solidariedade mecânica (simples, tradicionais e pequenas) para sociedades em solidariedade orgânica (complexas, modernas e grandes) ou pela literatura

marxista, que observa a mudança de modo de produção e desenvolvimento do capitalismo como motor do surgimento do Estado.

Dentro da ânsia pela coesão durkheimiana, evitando a anomia, podemos entender que a formação de comunidades nacionais corresponde a uma tentativa de, por meio de um fato eminentemente de solidariedade mecânica, manter relações comuns com populações que abrangiam cada vez mais indivíduos diferentes. O Estado, nesta senda, corresponderia à materialização deste elo comum da nacionalidade.

Já Benedict Anderson, por exemplo, segue uma linha da literatura marxista, conforme fica evidente no trecho a seguir:

No fundo, é provável que, nesse contexto, a esoterização do latim, a Reforma e o desenvolvimento aleatório de vernáculos administrativos tenham um significado basicamente negativo a saber, a sua contribuição para destronar o latim. É plenamente possível conceber o surgimento das novas comunidades nacionais imaginadas sem um desses fatores, ou mesmo sem nenhum deles. O que tornou possível imaginar as novas comunidades, num sentido positivo, foi uma interação mais ou menos casual, porém explosiva, entre um modo de produção e de relações de produção (o capitalismo), uma tecnologia de comunicação (a imprensa) e a fatalidade da diversidade linguística humana. (ANDERSON, 2008, p. 78)

No fim, já no século XVIII, observa-se um fenômeno inédito na humanidade: massas levantando bandeiras perante os Estados aos quais estavam vinculados, tanto reivindicando o direito de decidir como o de se afirmar contra potências estrangeiras. Embora seja um apelo simbólico, ainda assim indispensável neste trabalho interdisciplinar, percebe-se que existe agora uma relação entre um grupo de pessoas e o Estado, inclusive jurídico, através de exigências e projeções.

Um momento claro deste fenômeno se dá na Revolução Francesa, que reivindica a fraternidade como lema, e, como se sabe, busca relações fraternas, de irmandade, entre as pessoas sob uma única bandeira da “Nação Francesa”.

Através da nação, esta abstração que reflete um desejo associativo e exigências por igualdade, as populações desse período refletiram naquele Estado Moderno ainda juvenil seu aspecto subjetivo, pessoal. Trata-se do

homem tomando consciência da legitimidade, avocando as competências e poderes, baseando-se não mais no divino, mas na razão, do nascimento das teorias constitucionais, do renascimento do jusnaturalismo e da reivindicação de princípios democráticos (BONAVIDES, 2018).

Após o surgimento de unidades políticas soberanas, teve início a sinuosa relação onde o povo, que viveu órfão de uma unidade política durante a Idade Média, busca seu espaço.

Ressalta-se que há uma diferença clara entre Nação e povo. Assim como Weber, seguindo Jellinek, identificou que era possível e necessário separar o Estado em seu estudo jurídico e sociológico, a mesma lógica se aplica ao povo e à nação. Através dos autores citados e seus respectivos trechos, percebemos que a Nação é um conceito eminentemente sociológico, sendo uma abstração pela qual se almeja corporificar uma comunidade determinada, de uma mesma cultura. Por outro lado, povo seria o termo jurídico que indica toda aquela população que constitui o Estado.

Assim, pois, nem o termo nação, que indica uma comunidade, nem seu derivado, nacionalidade, são adequados para qualificar uma situação jurídica, indicando, tão só, a pertinência a uma comunidade histórico-cultural, não sendo correto o uso da expressão nação com o sentido de povo. A noção jurídica de povo é uma conquista bastante recente, a que se chegou num momento em que foi sentida a necessidade de disciplinar juridicamente a presença e a atuação dessa entidade mítica e nebulosa e, paradoxalmente, tão concreta e influente. (DALLARI, 2016, p. 100)

Qual seria, então, a natureza jurídica do povo? Segundo Jellinek, não há Estado se a pluralidade de pessoas que o constitui não possuir qualidade subjetiva de povo. Os indivíduos que se encontram nesta condição são, simultaneamente, sujeitos de deveres em relação ao poder do Estado e sujeitos de direito enquanto membros dele.

La subjetividad jurídica se afirma en oposición al Estado. Esta subjetividad se exterioriza mediante el reconocimiento que hace el Estado al individuo de su carácter de miembro en la comunidad popular; pero esto implica el reconocimiento del hombre como persona, esto es, como individuo que posee una esfera de derecho público. (...) El hecho de pertenecer el individuo al pueblo se exterioriza también en la existencia efectiva de una esfera de derecho público reconocida por el Estado. Son miembros de este pueblo, en su cualidad subjetiva, la totalidad de los miembros del Estado, es decir, aquellos que poseen un *motivus* para plantear una exigencia

jurídica al poder del Estado. El derecho público subjetivo es, pues, el fundamento del carácter corporativo del Estado.¹² (JELLINEK, 2000, p.380)

Como bem assinalado pelo teórico, a constituição do povo como elemento do Estado Moderno está intimamente relacionado com o surgimento do direito público subjetivo. Este, por sua vez, é um elemento do direito constitucional, que também surge e se desenvolve no âmago deste período iluminista. Interessante apontar, outrossim, que no seio dessas revoluções, o princípio da igualdade foi fundamental na concepção do povo, naquele momento confundido com a abstração da nação.

El reconocimiento del individuo como persona es el fundamento de todas las relaciones jurídicas. Mediante este reconocimiento, el individuo adviene miembro del pueblo, considerado éste en su cualidad subjetiva. (...) El reconocimiento como persona y como miembro de aquél es la base de todas las exigencias público-jurídicas que, a causa de esto, comprenden así aquéllas con que el Estado procura la seguridad a todos los hombres que caen dentro de la esfera de acción que abarca su poder, como a los que viven en su territorio de un modo permanente en calidad de ciudadanos.¹³ (JELLINEK, 2000, p.388)

Esses sujeitos de direito (direito público subjetivo) constituem a própria natureza do Estado. Isto é, na medida em que os indivíduos se submetem ao ordenamento do Estado, sendo reconhecido desta forma, também lhe é garantido, através do direito público subjetivo que nasce desta relação eminentemente bilateral, exigir ações do Estado. O autor coloca três espécies: negativas, positivas e de reconhecimento, sendo esta última o ato mesmo de considerar um indivíduo como parte integrante, órgão, da comunidade política.

¹² “A subjetividade jurídica se afirma em oposição ao Estado. Esta subjetividade se exterioriza mediante o reconhecimento que o Estado faz ao indivíduo de seu caráter como membro da comunidade; mas isto implica no reconhecimento do homem como pessoa, isto é, como indivíduo que possui uma esfera de direito público. (...) O fato do indivíduo pertencer ao povo se exterioriza também na existência efetiva de uma esfera de Direito Público reconhecida pelo Estado. São membros deste povo, em sua qualidade subjetiva, todos os membros do Estado, ou seja, aqueles que possuem um *motivus* para fazer uma exigência jurídica ao poder do Estado. O direito público subjetivo é, então, o fundamento do caráter corporal do Estado.” (Tradução Nossa);

¹³ “O reconhecimento do indivíduo como pessoa é o fundamento de todas as relações jurídicas. Mediante este reconhecimento, o indivíduo se torna membro do povo, considerando este em sua qualidade subjetiva. (...) O reconhecimento como pessoa e como membro daquele é a base de todas as exigências público-jurídicas que, por isto, compreendidas aquelas com que o Estado procura a segurança de todos os homens que caem dentro da esfera de ação que abarca o seu poder, como aos que vivem em seu território de modo permanente na qualidade de cidadãos.” (Tradução Nossa);

Em uma conceituação mais simples e direta, Bobbio coloca da seguinte forma:

O povo torna-se o limite de validade pessoal do direito do Estado, no sentido de que as próprias normas jurídicas valem apenas, salvo casos excepcionais, para determinados sujeitos que, desse modo, passam a constituir os cidadãos do Estado. (BOBBIO, 2017, p. 123)

Segundo Dallari, compreende-se o povo como grupo de indivíduos que formam o Estado a partir de um momento jurídico, sendo, como povo, elemento que dá condições ao Estado para formar e externar uma vontade (DALLARI, 2016). Forma-se, assim, um ciclo onde o Estado, através da vontade externada pelo povo, determina quem integra o próprio povo e exclui pessoas do mesmo.

2.5 Da Evolução da Relação entre o Poder Soberano e o Povo

A partir da relação entre os dois elementos analisados, surgem as mais diversificadas facetas do fenômeno do Estado. Essas diferentes manifestações variam na origem do poder, princípio de legitimidade, finalidade e diversas outras características relacionadas aos elementos estudados.

Dessa forma, queda-se em evidência o contraste entre aquela forma do Estado que acompanhou a Idade Moderna e seu congênere contemporâneo. Tanto os fatores de legitimação como a própria essência da relação entre o poder soberano e o povo se revestiram de um novo espírito. Torna-se relevante, portanto, questionar-nos: quais diferenças há entre o fenômeno jurídico do Estado no século XVIII e na atualidade? Um ponto central na alternância dessa natureza é o reposicionamento do elemento povo na relação com o poder soberano e aqueles direitos públicos subjetivos dos quais são titulares.

Ainda que já se observassem esses sinais nos trabalhos de Hobbes, principalmente destacando o que seria seu direito público subjetivo à

segurança e à paz, o mesmo insiste na classificação dos sujeitos como súditos. A fonte de legitimidade, por sua vez, advém da espiritualidade, do divino, e somente a este plano que o soberano adquire obrigações e responsabilidades. Isto porque, segundo o autor, os indivíduos abdicam de todos direitos que teriam em sua construção retórica do contrato social.

No Estado Absolutista que predominou grande parte da Idade Moderna, o homem perdia a liberdade em troca da conservação, sacrifica-se o homem livre do estado de natureza para tornar-se um súdito do Estado na forma de seu governante absoluto (BONAVIDES, 2018). O súditos, porém, não são constituídos do aspecto subjetivo de povo ao qual Jellinek lhes atribui.

O Estado é sujeito do poder público, e o povo, como seu elemento componente, participa dessa condição. Esse é o aspecto subjetivo do povo. Por outro lado, o mesmo povo é objeto da atividade do Estado, e sob este ângulo é que se tem o povo em seu aspecto subjetivo. Quanto ao aspecto subjetivo, lembra Jellinek que a simples circunstância de reunir uma pluralidade de homens e submetê-los a uma autoridade comum não chegaria a constituir um Estado. Mas, se essa pluralidade de pessoas for associada a outros elementos num momento jurídico, perfaz uma unidade, surgindo o Estado. E cada indivíduo integrante do povo participa também da natureza do sujeito, derivando-se daí duas situações: a) os indivíduos, como objetos do poder do Estado, estão numa relação de subordinação e são, portanto sujeitos de deveres; b) como membros do Estado, os indivíduos se acham, quanto a ele e aos demais indivíduos, numa relação de coordenação, sendo, neste caso, sujeitos de direitos. (DALLARI, 2016, p. 102)

O momento no qual há clara manifestação do aspecto subjetivo da cidadania, pertencimento ao povo, dá-se na revolução iluminista. No campo teórico, teve eminência dentro das discussões acerca do contrato social, o instrumento pelo qual se legitima o poder do Estado e mantêm-se as relações com seus sujeitos. Destarte, através de autores como John Locke, Montesquieu e, principalmente, Rousseau, há uma completa revolução na relação entre esses elementos constitutivos do Estado.

Governo do povo significa que este é fonte e titular do poder (todo poder emana do povo), de conformidade com o princípio da soberania popular que é, pelo visto, o princípio fundamental de todo regime democrático. Governo pelo povo quer dizer governo que se fundamenta na vontade popular, que se apoia no consentimento popular; governo democrático é o que se baseia na adesão livre e voluntária do povo à autoridade, como base da legitimidade do exercício do poder, que se efetiva

pela técnica da representação política (o poder é exercido em nome do povo). Governo para o povo há de ser aquele que procure liberar o homem de toda imposição autoritária e garantir o máximo de segurança e bem-estar. (SILVA, 2018, p. 137)

Depois de um período onde se atribui a titularidade da soberania à nação, uma abstração do povo através de traços étnicos e culturais, as teorias democráticas consolidam a titularidade no Estado com a legitimação vindo do próprio povo em sua submissão ao ordenamento, garantindo-lhe efetividade (DALLARI, 2016).

Essa afirmação teórica coaduna com as mudanças reais que ocorreram nas principais potências mundiais. O fator de legitimidade do poder soberano foi progressivamente assimilando o princípio democrático, essencial que aos cidadãos lhes seja garantido a participação ativa na formação da vontade do Estado. Ademais, a racionalização desses institutos e o gradual desenvolvimento do direito, tanto filosoficamente quanto tecnicamente, principalmente pelo constitucionalismo, habilitaram a separação total da pessoa do governante da, agora, pessoa jurídica de direito público Estado. Este que se engaja em relações jurídicas com seu povo naquela dinâmica já destacada.

As revoluções do século XVIII e as aventuras teóricas do século XIX semearam a ideia de que o poder soberano deve representar a vontade geral do povo, o que foi consolidado através do papel cada vez mais central desempenhado pelo ordenamento jurídico e a participação do povo na produção de normas. Seguindo essa esteira, observou-se a codificação do direito, a separação dos poderes, o estabelecimento dos Estados Constitucionais e a paulatina ampliação do sufrágio. Durante o século XX, principalmente em sua segunda metade, essa democratização do poder ganha maior tração.

Foram esses movimentos e essas ideias, expressões dos ideais preponderantes na Europa do século XVIII, que determinaram as diretrizes na organização do Estado a partir de então. Consolidou-se a ideia de Estado Democrático como o ideal supremo, chegando-se a um ponto em que nenhum sistema e nenhum governante, mesmo quando patentemente totalitários, admitem que não sejam democráticos.

(...) As transformações do Estado, durante o século XIX e primeira metade do século XX, seriam determinadas pela busca de realização desses preceitos (supremacia da vontade popular, preservação da liberdade e igualdade de direitos), os quais se puseram também como limites a qualquer objetivo político. A preocupação primordial foi sempre a participação do povo na organização do Estado, na formação e na atuação do governo, por se considerar implícito que o povo, expressando livremente sua vontade soberana, saberá resguardar a liberdade e a igualdade. (DALLARI, 2016, p. 149)

A primeira grande reforma do Estado resultado dessas revoluções foi em sua forma de Estado Liberal (BONAVIDES, 2018), que trouxe consigo o Estado de Direito. Sob essa forma, o império absoluto da lei condicionava toda ação do Estado, permitindo a limitação do poder e a garantia de direitos individuais. Esse primeiro momento se deve à epistemologia da classe que ascendeu daquele período de revoluções, onde se posicionava a garantia da liberdade negativa e a proteção da propriedade privada no centro das atenções. Dessa forma, como a cidadania ativa se restringia a poucos, com diversas limitações censitárias, vincular o poder do Estado à lei garantiria a prevalência dessas prioridades.

Inobstante, a importância do período é inegável, visto que foi responsável pela conversão dos súditos em cidadãos livres, pelo menos formalmente e conceitualmente (DALLARI, 2016). Enquanto cidadãos, não só se torna efetiva a participação na formação da vontade do Estado, do poder, como a relação com ele passa a obedecer um novo padrão em virtude da nova condição como sujeito de direito público.

O Estado de Direito possibilitou um espaço para o desenvolvimento de futuras formas, sendo a primeira grande revolução da relação entre o poder soberano e o povo, mudando radicalmente a própria natureza do fenômeno político do Estado.

Quem observa bem todo esse processo de revoluções e reformulações é Bobbio em seu dicionário político Estado, Governo, Sociedade:

Com a emancipação da sociedade civil-burguesa, no sentido marxiano, ou da sociedade industrial, no sentido saint-simoniano, do Estado, inverte-se a relação entre instituições políticas e sociedade. Pouco a pouco, a sociedade nas suas várias articulações torna-se o todo, do qual o Estado, considerado restritivamente como o

aparato coativo em que um setor da sociedade exerce poder sobre o outro, é degradado a parte (...) passará a se desenrolar em um processo inverso que vai do Estado opressivo à sociedade libertada. Dessa inversão nasce uma das ideias dominantes do século XIX, comum tanto ao socialismo utópico quanto ao socialismo científico, tanto às várias formas de pensamento libertário quanto ao pensamento liberal em suas expressões mais radicais: a ideia da inevitável extinção do Estado (...) no que se refere aos tratados sobre o Estado, tornam-se eles cada vez mais tratados parciais com respeito ao tratado geral da sociedade. (BOBBIO, 2017, p.80-81)

Esse movimento de inversão apontado por Bobbio está relacionado aos processos de lutas e exigências impostas a quem detinha o poder desenrolando-se no seio do Estado. Afinal, a questão da legitimidade permeará constantemente o exercício do poder político. Bobbio coloca a seguinte pergunta:

Admitido que o poder político é o poder que dispõe do uso exclusivo da força num determinado grupo social, basta a força para fazê-lo aceito por aqueles sobre os quais se exerce, para induzir seus destinatários a obedecê-lo? (BOBBIO, 2017, p. 113).

Ademais, acerca desses movimentos de luta, a legitimidade se dá justamente na dinâmica entre o exercício do poder do Estado e o seu povo. Ora, trata-se das expectativas que os sujeitos de direito têm sobre sua própria condição, seus direitos, em conflito, ou conformidade, com a realidade do poder exercido. Sendo assim, é-nos útil adotar mais uma vez o ponto de vista sociológico.

O Estado é considerado como a fonte única do ‘direito’ à violência. ‘Política’, portanto, significaria para nós aspiração à participação no poder ou a exercer influência sobre a distribuição do poder, seja entre Estados, seja no interior de um Estado, entre os diversos grupos humanos que o Estado abarca. (WEBER, 2015, p. 63)

Com a ampliação da participação do povo na construção pelo poder soberano, este se torna objeto de disputa de diferentes interesses e grupos humanos, conjuntura que dita a evolução dessa relação e da posição do sujeito nela.

Weber, evidenciado na passagem supra, vê na política a busca por dominação legítima. Pierre Bourdieu, por sua vez, cabeça da escola estruturalista-genético, enxerga na política um campo com regras próprias de

manipulação do poder. Mais além, considera no Estado o monopólio do princípio legítimo de visão e de divisão do mundo social, ou seja, tem o poder de determinar e classificar os grupos sociais:

As lutas políticas são lutas entre responsáveis políticos, mas nessas lutas os adversários, que competem pelo monopólio da manipulação legítima dos bens políticos, têm um objeto comum em disputa, o poder sobre o Estado (que em certa medida põe fim à luta política, visto que as verdades de Estado são verdades transpolíticas, pelo menos oficialmente). As lutas pelo monopólio do princípio legítimo de visão e de divisão do mundo social opõem pessoas dotadas de poderes desiguais. (...) Um dos temas da luta política pode ser o deslocamento dessas fronteiras ou dicotomias. As lutas políticas envolvem disputas intelectuais, princípios de visão e de divisão. Como diziam os gregos, são as categorias, os princípios de classificação. O que se chama de lutas de classes são, na verdade, lutas de classificação. Mudar esses princípios de classificação não é simplesmente realizar uma ação intelectual, é também uma ação política na medida em que os princípios de classificação fazem classes, as quais são passíveis de mobilização. (BOURDIEU, 2011, p. 203)

Portanto, através desta disputa, seria possível ter controle daqueles tipos de ações elencadas por Jellinek, são elas as ações negativas, ações positivas e ações de reconhecimento. A mudança de paradigma do Estado reflete essa dinâmica e a nova substância dessas relações é consequência dessas condições históricas.

Isto é, a própria determinação daqueles direitos públicos subjetivos, entre os quais a nacionalidade se encontra, e de seus sujeitos são objeto desta disputa política do poder legiferante do Estado.

Embora o constitucionalismo, o princípio democrático e outras inovações do “século das luzes” tenham afirmado com veemência a posição dos sujeitos de direito diante do Estado, o real significado dessa posição e sua consolidação vieram por meio de um processo longo.

Conforme já discorrido, apenas a segurança pessoal e da propriedade privada era assegurada aos nacionais inicialmente. Ou seja, ser cidadão e não mais súdito significava, na verdade, ter proteção a sua propriedade e liberdade negativa, individual, mas não participação efetiva na formação da vontade do Estado ou ser titular de direitos a prestações ativas que garantissem sua própria condição.

A concepção liberal do Estado de Direito servira de apoio aos direitos do homem, convertendo os súditos em cidadãos livres, consoante nota Verdú, a qual, contudo, se tornara insuficiente, pelo que a expressão Estado de Direito evoluíra, enriquecendo-se com conteúdo novo. (SILVA, 2018, p. 115)

Esse novo conteúdo pode ser esclarecido através do trabalho recente do economista e pensador francês, Piketty. O autor, ao abordar o “tamanho” do Estado na arrecadação e despesas, observa que até o início do século XX, na realidade, havia pouca participação estatal no domínio econômico. Apenas após a criação de um Estado Fiscal, ou seja, um sistema extenso e eficiente que ampliou as arrecadações, foi possível o estabelecimento de um Estado Social.

Com 7-8% da renda nacional, era possível cumprir as grandes funções soberanas (polícia, justiça, exército, relações exteriores, administração geral etc.), mas não muito mais do que isso. Uma vez financiados a manutenção da ordem, o respeito ao direito de propriedade e as despesas militares (que representavam muitas vezes quase a metade do total), não sobrava muita coisa nos cofres públicos. (...) Para esclarecer melhor os desafios por trás desses valores, é necessário agora descrever com um pouco mais de rigor para quem serviu a alta histórica das arrecadações obrigatórias. Essa transformação corresponde à implementação de um “Estado social” ao longo do século XX. No século XIX e até 1914, o poder público se contentava em garantir as grandes missões soberanas. Essas missões mobilizam ainda hoje um pouco menos do que um décimo da renda nacional. A alta da participação da arrecadação nas riquezas produzidas permitiu ao poder público cuidar de missões sociais cada vez maiores, representando entre um quarto e um terço da renda nacional dependendo do país. (PIKETTY, 2014, p. 596)

Sendo assim, o nacional passa a ser, para os olhos do Estado, não apenas a propriedade que possui e os direitos dela decorrentes, mas um sujeito de direito em si mesmo, parte integrante do próprio Estado e titular de um rol cada vez mais extenso de direitos dentro da comunidade política.

Neste sentido, na primeira metade do século XX, acelerou-se um processo de redefinição dos fins do Estado com vistas à garantia do bem comum, do desenvolvimento social de seu povo, agora titulares de cada vez mais direitos e, sendo assim, em posição de exigir cada vez mais ações do Estado. Segundo José Afonso, essa nova vestimenta do fenômeno caracteriza-se por compatibilizar o capitalismo e o bem-estar social geral, ao qual também se alinha Welfare State (SILVA, 2018). Portanto, o fenômeno do indivíduo pertencente ao povo como sujeito de direito, na realidade,

também é revestido de historicidade, uma consolidação constante até os dias de hoje.

Apesar da crescente valorização do fator humano, nem nesta forma o caráter democrático do Estado está completo. José Afonso aponta, também, que dentro do guarda-chuva do Estado Social, incluem-se regimes tão distintos como a Itália Fascista e o Reino Unido.

Portanto, impõe-se a necessidade de estabelecer-se um Estado cujo poder se exerce através das leis, produtos da vontade geral e com participação efetiva e substancial do povo, e visando ao bem comum, que, de acordo com sua substância, será percebido como legítimo. O Estado Democrático de Direito, que vem sobressaindo-se aos antigos modelos, é muito mais do que a simples democratização:

“A nossa (Constituição) emprega a expressão mais adequada, cunhada pela doutrina, em que o ‘democrático’ qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica. (...) A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos; participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (...) possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.” (SILVA, 2018, p. 121–122)

Depreende-se do excerto do eminente constitucionalista que o Estado Democrático de Direito posiciona o povo no início e no fim do Estado e de seu poder, que emana dele e funciona em seu proveito. Também coloca a dignidade humana como seu fundamento e reafirma que o mero reconhecimento formal é insuficiente, sendo necessário a garantia de condições que possibilitem o desenvolvimento e autodeterminação da pessoa.

Por fim, e mais importante, percebe-se que se superou a concepção do povo restrito à Nação, ou seja, de Estado como uma homogeneidade étnica, religiosa e cultural. Isso fica exemplificado pelo pluralismo característico do Estado Democrático de Direito, decorrente da irradiação do valor democrático sobre todos elementos constitutivos do Estado, como afirma José Afonso, e, neste caso, do elemento povo.

O povo, caracterizado pelos sujeitos de direito assim reconhecidos por meio da nacionalidade ou cidadania, deve ser democrático enquanto elemento de um Estado Democrático de Direito. Consequentemente, o próprio reconhecimento da nacionalidade deve seguir padrões democráticos e fundados na dignidade da pessoa humana.

Descolado da questão étnica, ser cidadão não se trata mais de compartilhar uma cultura comum, mas de estar vinculado juridicamente a um ordenamento democrático em pé de igualdade com qualquer pessoa que também esteja. Ordenamento este fundado na dignidade da pessoa humana e que, desta forma, exige uma série de condutas específicas em relação ao cidadão. Ainda:

Na verdade, entretanto, não desapareceu a necessidade de impor limitações ao poder para proteção dos valores fundamentais do indivíduo. Ainda que se considere superada, como de fato se deve considerar, a concepção ultraindividualista de direito e liberdade, criada pelo liberalismo e utilizada para sustentar privilégios, o indivíduo continua a ser a base da vida social, devendo-se proceder à conjugação dos valores individuais e sociais e promovê-los adequadamente. E para a proteção e a promoção dos valores fundamentais de convivência é indispensável o Estado Democrático, que impõe a observância de padrões jurídicos básicos, nascidos da própria realidade. (DALLARI, 2016, p. 202)

Destarte, deve-se agora entender esse valor tão fundamental que é a dignidade da pessoa humana e os direitos que dela surgem como uma necessidade, um deles sendo o próprio direito à nacionalidade, objeto deste trabalho.

3. Direitos Humanos e o Direito à Nacionalidade

3.1 Introdução

Parece conveniente, passado o estudo do Estado, fazer algumas considerações gerais acerca da gênese dos Direitos Humanos, lembrando a lição de Bobbio de que o desafio contemporâneo não é mais buscar os seus fundamentos desses direitos, mas lutar para protegê-los e torná-los eficazes. Não cabe aqui uma análise exaustiva do tema, mas apenas algumas considerações mínimas, necessárias para chegarmos ao direito à nacionalidade e a casos recentes de países nos quais esse direito vem sendo negado e vilipendiado.

O Estado Democrático de Direito, parâmetro constitucional contemporâneo, fundamenta todo seu ordenamento em torno do igual e absoluto valor intrínseco de toda pessoa humana, sua dignidade enquanto humano. Não só a Constituição brasileira denota isso, constituindo fundamento do próprio Estado brasileiro (art. 1º, III), mas está presente no regime democrático vigente de muitos outros países.

Princípios fundamentais

Artigo 1.º

República Portuguesa

Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Malcolm Shaw, relevante nome dentro do Direito Internacional, ao adentrar o campo dos Direitos Humanos, reafirma a centralidade do conceito de dignidade da pessoa humana: “Human dignity is seen as the key concept in relation to these values and to the ultimate goal of a world community in

which a democratic distribution of values is sought”¹⁴ (SHAW, 2008, p. 267).

O conceito de dignidade humana vai pautar a ação de muitos Estados e revestir uma série de direitos de certas características, que são os Direitos Humanos.

A história dos Direitos Humanos, assim como de outros fenômenos trabalhados aqui, segue diversos rumos e transita entre diversas naturezas, sendo também imbuído de intensa historicidade. Portanto, inobstante a observação de Bobbio, é imperativo compreender a história do conceito antes de conceituá-lo. Neste sentido, José Afonso preconiza:

Temos, pois, que ampliar nossa visão do problema para admitir outras fontes de inspiração das declarações de direitos, sem deixar de reconhecer que as primeiras abeberaram no cristianismo e no jusnaturalismo sua ideia do homem abstrato. Mas não é uma observação correta esta de atribuir, ao surgimento de uma nova ideia de direito, tão profundamente revolucionária, inspiração de natureza basicamente ideal, sem levar em conta as condições históricas objetivas, que, na verdade, constituem sua fundamentação primeira. (SILVA, 2018, p. 174)

3.2 Histórico e Considerações Gerais

Sendo assim, insta compreender o caminho traçado pelo Estado, pela doutrina e pelos povos na construção dos Direitos Humanos, visto que dá nova roupagem e abriga, atualmente, o direito à nacionalidade.

Shaw, novamente, comenta sobre a separação efetuada pelos romanos entre *ius civile* e *ius gentium*, esta segunda é uma previsão que tem como sujeito toda e qualquer pessoa humana, inovando com um sistema legal de ambição universal, aplicável a todos.

However, the law of nature was held to have an existence over and above that of the *jus gentium*. This led to much confusion over the exact relationship between the two ideas and different Roman lawyers came to different conclusions as to their identity and characteristics. The important factors though that need to be noted are the theories of the universality of law and the rational origins of legal rules that

¹⁴ “Dignidade humana é vista como o conceito chave em relação a esses valores (Direitos Humanos) e ao objetivo final de uma comunidade internacional onde se busca a distribuição democrática de valores.” (Tradução Nossa);

were founded, theoretically at least, not on superior force but on superior reason.¹⁵ (SHAW, 2008, p. 17–18)

Através das épocas sobre as quais transcrevemos outrora, é possível encontrar ideais precursores dos Direitos Humanos. Aqueles Estados medievais, que ainda não tinham sua soberania consolidada, eram submetidos ao direito canônico, de atribuição única da Igreja Católica, fator universal dentro da dinâmica europeia conforme já esposado. Não à toa, muito se discute quanto à contribuição do cristianismo medieval para a evolução deste ramo do direito e seu posterior florescimento.

Segundo Jellinek, haveria, justamente neste período, um dualismo no Estado, evidente entre os germânicos, ao qual se impunha os “direitos dos povos” como originários, dos quais se deriva o poder estatal.

La realeza germánica se desarrolló más tarde de modo que viene a reunir en sí estos dos elementos esenciales: el poder soberano sobre las personas y la propiedad igualmente suprema sobre todos los bienes territoriales. Ambos derechos, al nacer, no tenían un carácter ilimitado: junto al tribunal real existía un tribunal popular y a la propiedad suprema del rey oponíase en muchas ocasiones la propiedad privada intangible para el poder de los reyes. El reino germano nace, pues, como un poder limitado; por consiguiente, desde su comienzo lleva en sí un dualismo: el derecho del rey y el derecho del pueblo, dualismo que jamás ha llegado a superar la Edad Media.¹⁶ (JELLINEK, 2000, p. 308)

Dentro dessa tradição alemã apontada por Jellinek, recorda-se da conhecida frase do século XVIII: “Ainda há juízes em Berlim”. Frase esta supostamente dita por uma pessoa comum ao rei prussiano diante da proposta de remover seu estabelecimento, conotando um direito oponível até ao Rei. Ela evidencia esta tradição germânica, que concebe tantos autores no desenvolvimento do constitucionalismo moderno.

¹⁵ “Porém, a lei da natureza era considerada superior ao jus gentium. Isso reforçou a confusão acerca da exata relação entre ambas ideias, e diferentes juristas romanos chegaram a diferentes conclusões sobre suas identidades e características. Os fatores importantes que precisam ser destacados são a teoria da universalidade da lei e a origem racional das regras de direito que eram formadas a partir, teoricamente, da razão e não da força superior.” (Tradução Nossa);

¹⁶ “A realeza germânica se desenvolveu tardiamente, de modo que reúne em si dois elementos essenciais: o poder soberano sobre as pessoas e a propriedade igualmente suprema sobre todos os bens territoriais. Ambos direitos, ao nascer, não tinham um caráter ilimitado: junto ao tribunal real existia um tribunal popular, e a propriedade suprema do rei se opunha, em muitas ocasiões, a propriedade privada intangível ao poder dos reis. O reino germânico nasce, então, como um poder limitado, por conseguinte, desde seu começo leva em si um dualismo: o direito do rei e o direito do povo, dualismo que jamais superou a Idade Média.” (Tradução Nossa);

A ideia de um direito individual autônomo do direito público, auxiliado pelo desenvolvimento da concepção de dignidade humana no cristianismo, movimentou e serviu de instrumento da maior parte dos autores iluministas. Porém, o movimento não foi uniforme e diversas ideologias diferentes motivaram os pensadores. Universalistas e particularistas, idealistas e seus opositores da escola histórica, socialistas e liberais, jusnaturalistas e, futuramente, positivistas, todos trataram os direitos fundamentais a partir de diferentes óticas.

Sem embargo, os Direitos Humanos nascem a partir desse emaranhado de concepções e disputas, colocados em evidência pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão durante a Revolução Francesa. Esta se destaca, ainda, dos precursores ingleses (Carta Magna e Bill of Rights) e americanos (Declaração de Virgínia e Declaração de Independência), pois asseverava, de forma veemente, o caráter universal do que se pretendia.

A partir disto, embora tenha modificado seu fundamento, não restando mais na origem natural dos direitos, os direitos fundamentais caminharam por diversas alterações, adições e teorizações. Nesta senda, a dinâmica doutrinária das dimensões dos Direitos Humanos, superando a noção de gerações, delimita os direitos de diversas searas que congregaram e convergiram para formar esse campo do Direito, tal como o direito à alimentação, o direito à informação, o direito de liberdade de culto e assim se segue entre direitos individuais, sociais e coletivos.

Esses diferentes tipos de direitos fundamentais revelam a intensa historicidade sob a qual estão os Direitos Humanos. A história se desenvolve na medida em que as sociedades se tornavam mais complexas, com desenvolvimento econômico e social, as dinâmicas envolvendo as relações de poder também mudavam.

Outrossim, essa história também se relaciona com o Estado, que se desenvolve para legitimar as relações assimétricas de poder, sustentando um

sistema de dominação weberiano¹⁷. Neste contexto, a relação nascente é, assim como hodiernamente, de luta (SILVA, 2018). Além da própria oposição do indivíduo ao Estado, trata-se de luta no próprio interior do Estado.

Por essa razão que observamos, nas primeiras manifestações reconhecidas dos Direitos Humanos, o que se chama de era das declarações de direitos. Resultando de disputas, essas declarações eram evidentemente influenciadas pelas teorias e filosofia da época, visando-se a restauração de um direito primordial do homem perdido com o desenvolvimento dos Estados na figura do absolutismo, reunindo, portanto, condições subjetivas e objetivas para seu surgimento¹⁸.

Ocorre, a partir daí, uma gradual transfiguração tanto das relações de poder quanto das percepções de legitimidade e afins. Essas primeiras declarações de direito, impondo limites àquele que, porventura, ocupasse o governo, formaram as bases para o início do movimento constitucionalista, integrando a própria estrutura dos Estados de então. À medida que novos grupos impunham suas lutas, novos direitos adentravam o rol e os que já existiam ganham nova roupagem.

Dessa forma, na esteira da conclusão do capítulo passado, fica evidente a relação direta entre a luta e desenvolvimento dos direitos fundamentais com aqueles processos de legitimação e caracterização do Estado. Tanto o Estado Liberal como o Estado Social e o Estado Democrático de Direito são todos reflexos do paulatino progresso dos direitos fundamentais através das dimensões dos Direitos Humanos (BONAVIDES, 2018).

¹⁷ p.24;

¹⁸ José Afonso da Silva entende que o surgimento dos “Direitos Fundamentais do Homem” se deve à reunião dessas duas condições. Citando Del Vecchio, o autor atribui as condições objetivas ao desenvolvimento comercial e cultural inconciliável com o absolutista, contradição esta que levava à invariável concessão do poder absoluto aos novos atores e demandas. Já as condições subjetivas consistiriam nas inspirações filosóficas, com fontes como o próprio cristianismo e sua concepção primitiva de dignidade eminente da pessoa humana, impondo uma igualdade fundamental entre todos, a doutrina do direito natural, fruto do racionalismo, e o próprio iluminismo, que firmou o individualismo que revestiu as primeiras declarações. (SILVA, 2018, p.175-176);

Os últimos séculos foram recheados de muitas reivindicações diferentes, cada qual com suas próprias demandas, interesses e ideologias, mas geralmente contribuindo para a mudança dos parâmetros dos direitos fundamentais.

Em tal sentido as pessoas são diferentes, mas continuam todas iguais como seres humanos, tendo as mesmas necessidades e faculdades essenciais. Disso decorre a existência de direitos fundamentais, que são iguais para todos. (...) Para os seres humanos não pode haver coisa mais valiosa do que a pessoa humana. Essa pessoa, por suas características naturais, por ser dotada de inteligência, consciência e vontade, por ser mais do que uma simples porção de matéria, tem uma dignidade que a coloca acima de todas as coisas da natureza. Mesmo as teorias chamadas materialistas, que não querem aceitar a espiritualidade da pessoa humana, sempre foram forçadas a reconhecer que existe em todos os seres humanos uma parte não-material. Existe uma dignidade inerente à condição humana, e a preservação dessa dignidade faz parte dos Direitos Humanos. O respeito pela dignidade da pessoa humana deve existir sempre, em todos os lugares e de maneira igual para todos. (DALLARI, 2004, p. 14–15)

Levanta-se, neste momento, a questão quanto à posição dos Direitos Humanos nesta dinâmica. Antecipado por Dalmo Dallari, trata-se de direitos com origem na igual dignidade de toda pessoa humana e das necessidades que dela decorrem.

Eles estão relacionados com a aspiração por justiça, que acompanha a humanidade há milênios e permeia várias das disputas. Mais recentemente, inclusive, resgata-se aquela concepção dos filósofos clássicos gregos que estava intimamente ligada às formas de distribuição, ou justiça distributiva.

Quando se pretende estabelecer um arranjo em torno do igual valor das pessoas e de liberdades públicas básicas, imediatamente se esbarra em diversas hierarquias, barreiras e instituições estabelecidas, ainda mais no período do absolutismo, com resquícios de uma sociedade estamental continuada sob outras formas.

O primeiro grupo, nesta esteira de eventos, que logrou ocupar espaço no poder e assim instituir tais direitos fundamentais que mais condiziam com seus interesses foram aqueles comerciantes e primeiros industrialistas. Enriquecidos pelo andar dos eventos e por disputas centenárias no seio do medievo, estabeleceram os termos mínimos de liberdade em torno daquilo

que permitiu sua posição: a propriedade privada. O choque com o “ancien regime” é intenso, deste entrave é conhecido o nascimento do Estado Liberal. A marca daquelas primeiras Constituições e declarações de direito é a liberdade negativa, a limitação do poder estatal.

Em um segundo momento, derrubada, em princípio, a hierarquia baseada em poder político, e aqui utilizamo-nos das três formas de poder elaboradas por Norberto Bobbio¹⁹, ficou em evidência, na sociedade nascida desse contexto, a arbitrariedade do poder econômico. Embora já no berço da Revolução Francesa houvesse, incipientemente, essa percepção através dos trabalhos de pensadores como Rousseau e Saint-Simon, somente no final do século XIX e XX assistiu-se aos principais avanços neste sentido.

O pensador mais conhecido que enfrentou o tema dos conflitos incipientes ao modelo econômico foi Karl Marx. Não obstante, muitos autores das mais diferentes escolas trataram do tema econômico, como por exemplo David Ricardo, Bentham e Stuart Mill. Enfim, com as lutas emergentes em uma sociedade cada vez mais industrializada, tem-se, ao fim do século XIX e no começo do seguinte, os primeiros grandes programas sociais e direitos econômicos. Atribui-se a esse momento, geralmente, o início das prestações positivas do Estado. O Estado Social que deriva dessas lutas foi abordado anteriormente com auxílio do trabalho de Thomas Piketty.

O sociólogo britânico Thomas Marshall verifica que esses direitos sociais integraram a própria condição de cidadania, entendendo que essa engloba desde os direitos individuais até os direitos políticos e, agora, os direitos sociais.

A new period opened at the end of the nineteenth century (...). It saw the first big advance in social rights, and this involved significant changes in the egalitarian principle as expressed in citizenship. (...) These aspirations have in part been met by incorporating social rights in the status of citizenship and thus creating a universal right to real income which is not proportionate to the market value of the claimant.²⁰ (MARSHALL, 1950, p.46-47)

¹⁹ Bobbio, em seu dicionário político, elenca três formas de poder: o poder político, pelo uso coercível da força, poder econômico e poder ideológico;

²⁰ “Um novo período começou no fim do século dezanove (...). Ele observou o primeiro grande avanço em direitos sociais, e isso envolvia mudanças significantes no princípio de igualdade como

Meados do século XX, por sua vez, foi o período mais relevante para a doutrina dos Direitos Humanos. Ainda que as liberdades negativas estivessem positivadas em muitas Constituições e as primeiras com teor social, visando à liberdade positiva, estivessem nascendo (nominalmente as Constituições Mexicana e de Weimar), a concepção de Direitos Humanos ainda era muito restrita ao ciclo doutrinário e idealizado. Os Direitos Humanos careciam de instrumentos internacionais e consolidação generalizada.

Já existia, por exemplo, a OIT e a Liga das Nações, mas eram ainda poucos os instrumentos acerca de direitos fundamentais da pessoa humana. Pode-se citar as primeiras Convenções de Genebra (1864, 1906 e 1929) e de Haia (1899 e 1907), porém ambas se limitavam ao Direito Internacional Humanitário.

O mórbido evento que trouxe luz à proteção da pessoa humana foi a Segunda Guerra Mundial, quando grupos inteiros foram exterminados por uma indústria de limpeza étnica. Após 1945, multiplicaram-se os instrumentos e alargou-se a amplitude dos Direitos Humanos, incluindo as mais diversas questões e adicionando uma nova dimensão de direitos coletivos ao seu rol. Justamente desse novo momento que se desenvolve o Estado Democrático de Direito, não se limitando a liberdades negativas ou positivas, mas à dignidade da pessoa humana como um conceito absoluto e legitimador das ações e dos próprios Estados e suas Constituições.

3.3 Os Direitos Humanos sob Diferentes Perspectivas

A partir das considerações históricas, evidencia-se uma relação lógica com a dinâmica entre Estado e Povo estudada no capítulo anterior. Afinal, como restou demonstrado, esse rol de direitos, antes de tudo, exige uma

expressado na cidadania. (...) Essas aspirações foram contempladas em parte ao incorporar esses direitos sociais no status de cidadania e assim criando um direito universal à renda, que não é proporcional ao valor atribuído pelo mercado ao reclamante.” (Tradução Nossa);

atuação do Estado, seja por abstenção, por ação ou por reconhecimento, para com aquele grupo de pessoas que a ele está vinculado, ou seja, quem o Estado tem poder de efetivar tais direitos por meio de sua jurisdição. Isto remete diretamente à Jellinek quando o autor discorre sobre o Povo, a partir do qual elenca as três formas de ação que o nacional pode exigir com base nesta relação de direito público subjetivo.

Ademais, a própria existência desses direitos decorreu da dinâmica dentro do próprio povo em forma de exigências, demandas e lutas, determinando o próprio Estado e suas características.

Portanto, os Direitos Humanos, dentro de uma realidade de organização em torno de Estados soberanos, estão intrinsecamente relacionados com seus dois elementos: o poder soberano e o elemento subjetivo, o povo. Mais especificamente, eles opõem esses dois elementos e, ao mesmo tempo, estabelecem a forma pela qual devem relacionar-se. Vejamos, pois, sob quais perspectivas os direitos fundamentais os afetam.

3.3.1 Direito Internacional dos Direitos Humanos

Mormente, é possível observar que a teoria dos Direitos Humanos gera uma certa relativização do poder soberano do qual dissertamos no capítulo passado. Tanto no âmbito internacional como em relação ao próprio povo, foi-se impondo certas limitações ao poder político, por meio de lutas locais ou obrigações internacionais.

In the nineteenth century, the positivist doctrines of state sovereignty and domestic jurisdiction reigned supreme. Virtually all matters that today would be classified as human rights issues were at that stage universally regarded as within the internal sphere of national jurisdiction. The major exceptions to this were related to piracy *jure gentium* and slavery. (...) The impact of the Second World War upon the development of human rights law was immense as the horrors of the war and the need for an adequate international system to maintain international peace and protect human rights became apparent to all. In addition, the rise of non-governmental organisations, particularly in the sphere of human rights, has had an immense effect.²¹

²¹ SHAW, Malcom, 2008, p. 270-271. Tradução Nossa: “No século XIX, as doutrinas positivistas da soberania do Estado e jurisdição doméstica reinavam supremas. Virtualmente todos temas que

Importante perceber que, tal como Jellinek identificou um dualismo na Idade Média, os direitos fundamentais que surgiam e se consolidavam representavam um novo dualismo. Enquanto a soberania se firmava na Idade Moderna, os Direitos Humanos representavam um caráter universalizante em oposição a ela, como um imperativo moral e ético que passava a determinar, em muitas sociedades, a legitimidade do poder.

Atualmente, através de autores como Mazzuoli e Shaw, pode-se afirmar que o sistema internacional de Direitos Humanos relativizou o princípio, então absoluto, da soberania, tornando o respeito à matéria dos Direitos Humanos, cada vez mais codificada, uma condição para o reconhecimento do Estado pelos seus iguais. Assim que surge um Estado ou um ator com esta pretensão, submete-se, automaticamente, a todo arcabouço produzido ao longo dos séculos através de costumes e convenções.

Na esteira do progresso histórico trabalhado, na medida em que os Estados foram se modificando e adotando, em suas próprias Constituições, cartas, declarações e disposições sobre direitos fundamentais, eles foram, no âmbito internacional, se relacionando e tomando ações nesses mesmos termos. Desta forma, surge, nas obrigações, tratados e nas fontes do direito internacional, o próprio regimento dos direitos humanos, que passou, no dia de hoje, conforme já mencionado, a condicionar o próprio reconhecimento da pessoa jurídica internacional e a relativizar seu poder soberano.

Nesse sentido, há dois movimentos no Direito Internacional, a humanização e a objetivação (MAZZUOLI, 2011). Ou seja, esse ramo do direito assiste a uma crescente institucionalização e codificação de normas de Direitos Humanos, iniciada, principalmente, com a Declaração Universal de 1948. Além disso, paulatinamente, diversas normas de Direito

hoje seriam classificados como problemas de Direitos Humanos eram, naquele momento, considerados como dentro da esfera interna da jurisdição nacional. As maiores exceções estavam relacionadas ao *jure gentium* da pirataria e escravidão. (...) O impacto da Segunda Guerra Mundial no desenvolvimento dos Direitos Humanos foi imensa, visto os imensos horrores da guerra e a necessidade de um sistema internacional adequado para manter a paz e a proteção de Direitos Humanos ficou aparente para todos. Adicionalmente, a ascensão de ONGs, particularmente na esfera dos Direitos Humanos, tiveram um grande efeito.”;

Internacional integram um arcabouço de costumes ou de normas cogentes, sendo independentes, muitas vezes, da própria vontade do Estado. Somando ambos movimentos, é possível observar que cada vez mais os Estados estão imersos em obrigações para com seus sujeitos, que podem pleitear até a instâncias internacionais.

Malcolm Shaw expõe que a doutrina internacionalista acerca dos direitos humanos se divide entre os jusnaturalistas, que os concebem como direitos universais, e os positivistas, que assenta a efetividade e existência deles ao poder soberano absoluto do Estado. Inobstante, ambas visões disputam espaço atualmente e, nesta disputa, se observa o posicionamento relativizante da soberania. Cada vez mais o sistema internacional adota novos tratados e organizações que vinculam ou dividem espaço com o Estado, não mais o único participante da ordem internacional.

Inclusive, atribui-se à doutrina dos direitos humanos a elevação do indivíduo como sujeito de direito internacional. No sistema interamericano, por exemplo, um indivíduo de um dos Estado-Membros pode apresentar uma denúncia de violação de Direitos Humanos à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, podendo chegar, eventualmente, à Corte Interamericana de Direitos Humanos. O sistema europeu é ainda mais consolidado, tendo os cidadãos dos países signatários da Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, acesso direto à Corte Europeia de Direitos Humanos.

Como já referido, a nova Corte Europeia de Direitos Humanos, instituída com caráter permanente a partir de 1º de novembro de 1998, pelo Protocolo nº 11 à Convenção Europeia, encampa em um só órgão as funções de admissibilidade (até então afeta à Comissão, tal como ainda em vigor no sistema interamericano) e de mérito dos casos a ela submetidos por Estados, particulares, ONGs ou grupos de pessoas. Operou-se uma verdadeira “fusão”, nessa nova Corte, das funções da antiga Comissão e Corte Europeias de Direitos Humanos,³⁶ bem assim do Comitê de Ministros na sua antiga função contenciosa (decidir se houve ou não violação da Convenção nos casos cujos relatórios haviam a ele sido submetidos pela Comissão, mas que não haviam sido submetidos à Corte). (...) Sem dúvida alguma, a maior inovação (e também o maior avanço) do Protocolo nº 11 foi ter conferido aos indivíduos, organizações não governamentais e grupos de indivíduos o acesso direto à Corte Europeia de Direitos Humanos, com poder inclusive de iniciar um processo diretamente perante ela. (MAZZUOLI, 2010, p. 39–40)

Embora haja grandes debates acerca do tema, houve evolução no sentido de limitação, seja por virtude de ações do próprio Estado nas arenas internacionais ou de luta e avanços logrados pela população, da arbitrariedade estatal diante de direitos dos quais os indivíduos e sociedade são titulares. Novamente, isto reforça a característica da historicidade desses direitos.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José) prevê, em seus dois primeiros artigos, a obrigação de respeitar os direitos e liberdades nela previstos e garantir seu pleno exercício para todas pessoas sujeitas à jurisdição do Estado Parte e, para tanto, ele tem obrigação de adotar as disposições necessárias em seu direito interno.

Entretanto, os Estados e seu poder soberano ainda estão no centro do Direito Internacional, motivo pelo qual a efetivação e garantia de direitos ainda o perpassa. Afinal, tal limitação advém de atos do próprio Estado e os direitos, na verdade, no plano internacional, são obrigações dele consigo mesmo.

All this highlights the switch in emphasis that has taken place in the consideration of law in the world community. The traditional view was generally that international law constituted a series of rules restricting the actions of independent states and forming exceptions to state sovereignty. The new theories tend to look at the situation differently, more from the perspective of the international order expanding its horizons than the nation-state agreeing to accept certain defined limitations upon its behaviour.²² (SHAW, 2008, p. 58)

Portanto, toda norma de Direitos Humanos ainda depende de regulamentação, de ações (ou abstenções) do Estado. Não só a própria nacionalidade em si, mas também os direitos previstos a seus nacionais, seja através da edição de normas ou de políticas públicas.

²² “Tudo isso destaca a mudança na ênfase que teve lugar na consideração da lei na comunidade internacional. A visão tradicional era, geralmente, de que o Direito Internacional constituía-se de uma série de regras restringindo as ações de Estados independentes e formando exceções a sua soberania. Novas teorias tendem a observar a situação de outro modo, a partir mais de uma perspectiva de expansão da ordem internacional do que do Estado aceitando certas limitações sobre suas ações.” (Tradução Nossa);

3.3.2 Direito Constitucional e Direitos Fundamentais

Antes de avançar, insta esclarecer uma situação. Diferentes nomenclaturas podem aparecer para definir o objeto deste capítulo e disto podem surgir controvérsias. José Afonso da Silva entende que a forma correta de nomear este gênero de direitos seria direitos fundamentais do homem, afastando, por exemplo, a nomenclatura de direitos públicos subjetivos. O argumento do eminente constitucionalista seria de que este termo não abrangeria uma atuação ativa do Estado para efetivação dos direitos, para além do reconhecimento. Sem embargo, ao sustentarmos na observação de Jellinek acerca do Povo enquanto elemento subjetivo do Estado, a questão é logo superada, pois abrange, outrossim, ações positivas. Destarte, em verdade, não estamos distantes da forma como é entendida essa classe de direitos por José Afonso.

Inclusive, o próprio constitucionalista reconhece ser importante reafirmar o caráter de direito subjetivo “no sentido de permissão concedida pelo Direito Constitucional objetivo ao homem” (SILVA, 2018, p. 179), isto porque são dotados de eficácia jurídica, sendo direitos oponíveis e exigíveis. Já o termo Direitos Humanos é de ampla utilização dentro da tradição internacionalista e filosófica.

Dentro da dinâmica constitucional, são eles aqueles direitos históricos, inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. Pontes de Miranda, por sua vez, divide os direitos fundamentais em absolutos e relativos, sendo os primeiros direitos supraestatais e os segundos aqueles regulados pelo ordenamento interno (SILVA, 2018). A posição de Pontes de Miranda revela uma proximidade com a teoria dos Direitos Humanos no bojo do direito internacional público.

A consolidação do Estado Democrático de Direito, por sua vez, é indissociável do desenvolvimento dos direitos fundamentais da pessoa humana, que acabam por revestir a própria legitimidade do poder do Estado.

Condicionam a própria constituição, funcionamento e finalidade do Estado. Um meio pelo qual isso se efetiva é através da democracia, que qualifica todas instâncias de um Estado pautado pela dignidade da pessoa humana, passando por todas dimensões dos Direitos Humanos.

Observamos isso quando discorremos sobre esse progresso histórico dos direitos fundamentais. Ou seja, o Estado Liberal reflete o momento dos direitos individuais, levados por determinado grupo e suas respectivas demandas. Em um segundo momento, o Estado Social reflete os direitos sociais e, por fim, o Estado Democrático de Direito reflete, além de todos esses anteriores, os direitos coletivos.

Porém, acima de tudo, o Estado Democrático de Direito tem por finalidade e fundamento uma democracia completa, de cidadania universal dentro de determinada sociedade e participação ativa. Exige, por um lado, a igualdade formal e a busca por uma igualdade material entre os cidadãos e a garantia de suas liberdades públicas. Sua construção acompanha o desenvolvimento e posituação dos Direitos Humanos e de suas garantias, que se impõem como meio e fim do Estado. Bobbio faz um importante trabalho ao conceituar a democracia substancial.

O discurso sobre o significado de democracia não pode ser considerado concluído se não se dá conta do fato de que, além da democracia como forma de governo de que se falou até agora, quer dizer, democracia como conjunto de instituições caracterizadas pelo tipo de resposta que é dada às perguntas “Quem governa?” e “Como governa?”, a linguagem política moderna conhece também o significado de democracia como regime caracterizado pelos fins ou valores em direção aos quais um determinado grupo político tende e opera. O princípio desses fins ou valores, adotado para distinguir não mais só formalmente, mas também conteudisticamente um regime democrático de um regime não democrático, é a igualdade, não a igualdade jurídica introduzida nas Constituições liberais mesmo quando estas não eram formalmente democráticas, mas a igualdade social e econômica (ao menos em parte). Assim foi introduzida a distinção entre democracia formal, que diz respeito precisamente à forma de governo, e democracia substancial, que diz respeito ao conteúdo dessa forma. Esses dois significados podem ser encontrados em perfeita fusão na teoria rousseauiana da democracia, já que o ideal igualitário que a inspira se realiza na formação da vontade geral, e, portanto, são ambos historicamente legítimos. A legitimidade histórica, porém, não autoriza a crer que tenham, não obstante a identidade do termo, um elemento conotativo comum. Tanto é verdade que pode ocorrer historicamente uma democracia formal que não consiga manter as principais promessas contidas num programa de democracia

substancial e, vice-versa, uma democracia substancial que se sustente e se desenvolva através do exercício não democrático do poder. (BOBBIO, 2017)

Nesse sentido, a Constituição brasileira, das mais recentes e avançadas neste movimento, serve como ótimo exemplo. Nela, é possível identificar todas dimensões supramencionadas. Os ditos direitos de primeira dimensão, como a inviolabilidade do domicílio, o sufrágio universal, a liberdade de reunião e entre outros. Os de segunda tal como o salário mínimo, o direito à saúde e à previdência social. Por fim, os de terceira, onde encontramos direitos dos povos originários, direito ao meio ambiente equilibrado e direito à cultura.

Outro exemplo muito enfático é a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, ou a Constituição Alemã de 1949. Nela, há uma clarividência acerca do caráter intangível da dignidade humana e da impreteribilidade e supremacia dos direitos dela decorrentes dentro do ordenamento positivo alemão. Eles condicionam a legitimidade do Estado e do seu poder do princípio ao fim. Isto fica patente logo no primeiro artigo da Carta:

Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]

- (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.
- (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.
- (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.

A Lei Fundamental alemã, que serve de modelo a muitos outros ordenamentos constitucionais tal qual o pátrio, demonstra o novo e contemporâneo parâmetro constitucional, imbuído do princípio maior da dignidade humana e da posição central dos direitos fundamentais.

Artigo 2 [Direitos de liberdade]

- (1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

(2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei.

Artigo 3 [Igualdade perante a lei]

(1) Todas as pessoas são iguais perante a lei.

(2) Homens e mulheres têm direitos iguais. O Estado promoverá a realização efetiva da igualdade de direitos das mulheres e dos homens e empenhar-se-á pela eliminação de desvantagens existentes.

(3) Ninguém poderá ser prejudicado ou favorecido por causa do seu sexo, da sua descendência, da sua raça, do seu idioma, da sua pátria e origem, da sua crença ou das suas convicções religiosas ou políticas. Ninguém poderá ser prejudicado por causa da sua deficiência.

Os artigos subsequentes demonstram, ao mesmo tempo, dois pilares dos Direitos Humanos que fundamentam muito daquela aspiração por justiça que acompanha toda luta humana: igualdade e liberdade. Dentro da dinâmica dos direitos fundamentais, é possível dizer que ambos são compatíveis e harmônicos, norteando o ordenamento dos Estados contemporâneos para a mesma direção.

Um exemplo emblemático disto é o direito fundamental exposto ao final do artigo terceiro, o direito a não discriminação. Ele exige, simultaneamente, um conjunto de abstenções e ações positivas do Estado, muito tratadas na doutrina mais recente. Isto é, envolve tanto a liberdade do indivíduo de não lhe ser imposto, por exemplo, uma religião (liberdade religiosa), podendo exercer sua fé livremente, como a intervenção do Estado para permitir uma situação de igualdade na expressão de sua individualidade, pode-se citar, neste diapasão, a tipificação do crime de racismo, uma das transgressões possíveis dos Direitos Humanos.

Então, garantir a liberdade de culto, no mesmo exemplo, é concretizar a igualdade de todos à oportunidade de desenvolver sua fé, suas crenças, parte *sine qua non* da individualidade, consciência própria. Vale recordar que a questão da liberdade de culto pode ser enxergada como precursora das lutas por direitos fundamentais, visto que foi objeto de conflitos europeus, mais especificamente a Guerra dos Trinta Anos, no século XVII, que deu origem à Paz de Westfália.

No caso do objeto deste trabalho, observamos que, dentro de um Estado Democrático de Direito, a determinação de nacionais, constituindo o povo, deve seguir padrões democráticos e plurais. Outrossim, o direito a não discriminação, em virtude do princípio da igualdade, reforça que o direito à nacionalidade não pode ser instrumento de discriminação e marginalização. Sendo assim, a privação da nacionalidade de uma pessoa infringe a sua própria dignidade e seus direitos fundamentais.

3.3.3 A Perspectiva das Ciências Sociais

Interessante observar como a concepção do povo desempenha um papel notável no desenvolvimento da noção de igualdade. O próprio conceito de dignidade humana também é revestido de igualdade desde setores do cristianismo na escolástica medieval:

A igualdade se funda na grandeza. Ora, esta, em Deus, exprime perfeição da natureza, como se disse, e pertence à essência. Portanto, a igualdade em Deus e a semelhança dizem respeito ao essencial; nem podemos lhe atribuir desigualdade ou semelhança quanto à distinção das relações. Por isso diz Agostinho: A questão da origem é a de saber de que um ser provém: a da igualdade, a de saber, que qualidade tem. Logo, a paternidade é a dignidade do Pai, assim como é a sua essência. Pois, a dignidade é um absoluto e pertence à essência. Portanto, assim como a mesma essência, que no Pai é a paternidade, no Filho é a filiação; assim, a mesma dignidade, que no Pai é a paternidade, no Filho é a filiação. Por onde, verdadeiramente dizemos que toda dignidade que tem o Pai, tem o Filho, sem daí seguir-se que pelo Pai ter a paternidade, também a tenha o Filho. Porque se muda o ponto de vista absoluto (quid) no relativo (ad aliquid). Pois a mesma é a essência e a dignidade do Pai e do Filho; mas, no Pai, pela relação de doador: no Filho, pela de quem recebe. (AQUINO, [s.d.], p. 421)

Por isto, há proveito em analisar a relação entre povo e igualdade, pois dessa interação, sob os olhos da sociologia, compreendemos de forma mais completa os pressupostos concretos e desafios atuais dos Direitos Humanos.

A materialização do povo, até na forma de Nação nos séculos XVIII e XIX, estabeleceu um parâmetro de igualdade jamais visto na história, concretizado na expressão da igualdade perante a lei nas primeiras Constituições dos Estados Liberais estudados acima. Ora, rememoremos que ao abordar a civilização romana, apesar da base inestimável para o conceito

de cidadania, havia uma evidente estratificação da sociedade incompatível com o que se era estabelecido neste momento.

Porém, por força da dignidade humana, não se tratam de indivíduos idênticos, mas cada qual com sua própria individualidade e a igualdade restando na própria condição de pessoa humana e dos direitos dela nascentes. Em razão disto é possível observar uma tensão entre o conceito da Nação, que pressupõe um grupo de indivíduos iguais, e os parâmetros atuais de Direitos Humanos e nacionalidade.

De um lado, a força da consciência social busca uma uniformidade, pois sua própria existência exige a coesão, a comunhão, de hábitos, cultura e pensamentos. Por outro, à medida que as sociedades se tornam maiores e mais complexas, abre-se uma brecha ao indivíduo com seus próprios anseios, mas também necessita da sociedade para buscá-los.

Inúmeras são as raízes desse fenômeno. A partir dos escritos de Émile Durkheim, já citado neste trabalho, entendemos a solidariedade mecânica como aquela que aproxima pessoas que têm uma determinada consciência coletiva em comum. Sobre isto, o autor relata que as sociedades antigas, tal como a romana, a qual já nos referimos, são formadas com base neste tipo de solidariedade entre semelhantes, permitindo-se a coesão de sociedades mais simples e, ao que apontamos, caracterizadas pela sua homogênea enquanto Estado clássico baseado na cidade. Este tipo de organização não abre espaço à individualidade, ou de forma muito limitada, e mistura dimensões da vida pública com o que hoje consideramos da esfera privada, a comunidade como um grande ente uniforme.

A formação do Estado Moderno foi impulsionada por certa carência que surge com um novo tipo de sociedade, baseada na solidariedade orgânica, surgida da revolução industrial. A necessidade de uma consciência coletiva, um conjunto comum que mantenha certo grau de semelhança entre pertencentes à mesma sociedade, encontra espaço no aspecto subjetivo do Estado, seu lado humano. Desta forma, ao passo que a industrialização, e o

mundo capitalista, abre espaço ao florescimento da individualidade, certos laços essenciais de coesão social são reforçados pela nacionalidade.

Todo mundo sabe, de fato, que existe uma coesão social cuja causa está numa certa conformidade de todas consciências particulares a um tipo comum que não é outro senão o tipo psíquico da sociedade. Com efeito, nessas condições, não só todos os membros são individualmente atraídos uns pelos outros, por se assemelharem, mas também são apegados ao que é a condição de existência desse tipo coletivo, isto é, a sociedade que formam por sua reunião. Não apenas os cidadãos se amam e se procuram entre si, preferindo-se aos estrangeiros, mas amam sua pátria. Eles a querem como querem a si mesmos, desejam que ela dure e prospere, porque, sem ela, há toda uma parte da sua vida psíquica cujo funcionamento seria entravado. Inversamente, a sociedade deseja que eles apresentem todas essas semelhanças fundamentais, porque se trata de uma condição de sua coesão. Há em nós duas consciências: uma contém apenas estados que são pessoais a cada um de nós e nos caracterizam, ao passo que os estados que a outra compreende são comuns a toda a sociedade. A primeira representa apenas nossa personalidade individual e a constitui; a segunda representa o tipo coletivo e, por conseguinte, a sociedade sem a qual ele não existiria. Quando é um dos elementos desta última que determina nossa conduta, não agimos tendo em vista o nosso interesse pessoal, mas perseguimos finalidades coletivas. (DURKHEIM, 2010, p. 78–79)

Por mais que haja outras abordagens, algumas delas destacadas na presente dissertação, como a de Benedict Anderson, a visão de Durkheim, ainda que antiga, permite compreender o impacto e o papel desempenhado pelo surgimento do povo enquanto corpo do Estado a partir de um ponto de vista sociológico e até psíquico nos indivíduos. Estabelece-se um novo parâmetro de igualdade, principalmente diante de um mundo que crescentemente permite a expansão da esfera privada e da individualidade. Disso, surge um paradoxo no seio dessas relações: ao mesmo tempo que reforça laços em comum e a igualdade, ainda é um resquício de uma solidariedade que, de certa forma, oprime a individualidade.

Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos faz importante apontamento sobre essa relação entre igualdade e individualidade que atravessa a relação dos Direitos Humanos com a própria realidade das sociedades:

“Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades” (SANTOS, 2003, p. 56)

Desta forma, o conceito de Nação, que nasce como passo revolucionário no progresso que vimos, incorpora um grupo de características étnico-culturais semelhantes, podendo ser usado como escudo de certos setores da sociedade para blindar-se das mudanças resultantes da industrialização e novas sociedades modernas, multiculturais e com maior abertura para a individualidade. Isto será visto mais à frente neste trabalho, onde perceberemos que a Nação, aquela utilizada em um primeiro momento para derrubar monarquias absolutistas como assinalou Dallari²³, torna-se arma de grupos reacionários contra as novas configurações do Estado.

Antes de avançar, contudo, cabe mencionar ainda uma perspectiva psicanalítica, que representa quase terreno comum na ciência, sobre esse momento.

A autoridade no Estado é para o indivíduo a reprodução da autoridade familiar pela qual ele foi moldado em sua infância. O indivíduo assimila à autoridade paterna as autoridades encontradas posteriormente: ele percebe o presente nos termos do passado. Como todos os outros comportamentos humanos, o comportamento diante da autoridade é aprendido. E é aprendido no seio de uma família que se distingue, do ponto de vista psicológico, por sua organização específica, quer dizer, pela forma como nela a autoridade é distribuída e exercida. (MARCUS, 1949)

O Estado, segundo uma linha doutrinária, nasce a partir de um modelo familiar e nisto observamos outro lema tão reconhecido da revolução francesa: a fraternidade. Aqueles sujeitos do Estado são irmãos entre si ao compartilharem dessa mesma condição e disto surgem diversas reivindicações. Isso reforça a noção de igualdade perante indivíduos de mesma nacionalidade.

3.4 O Direito à Nacionalidade

A abordagem sociológica nos permite vislumbrar de forma mais clara a necessidade da pessoa humana de pertencer a uma comunidade, mas, ao mesmo tempo, preservar sua individualidade, como bem apontado por

²³ p.26-27;

Boaventura de Sousa Santos. Com isto, retorna-se a uma questão fundamental: os direitos fundamentais pressupõem pessoas de igual valor e a satisfação de suas necessidades.

Por mais que a força homogeneizadora da sociedade e da nação conflite com a natureza dessas pretensões, é pacífico que a vida em comunidade, o pertencimento a uma sociedade, seja uma das dimensões mais fundamentais do indivíduo. Vale lembrar que Aristóteles, na época clássica, já definia o ser humano como animal político, sendo da sua natureza a vida em sociedade. Igualmente, Dallari reconhece na cidadania uma necessidade humana: “Através do conceito de cidadania afirmam-se os direitos fundamentais da pessoa humana, na perspectiva da convivência, que é necessidade essencial de todos os seres humanos”²⁴ (DALLARI, 2004, p. 22).

Sendo assim, reforçando a situação observada no capítulo anterior, se uma das características do Estado é o povo, sendo a manifestação de seu aspecto subjetivo, o pertencimento ao Estado, em contrapartida, é uma necessidade da pessoa humana, que busca autoafirmar-se como titular de direito público subjetivo perante o poder soberano, participar da formação da vontade geral e, acima de tudo, ser destinatário de proteção e garantia de seus direitos fundamentais oriundos das demais necessidades.

A dependência, pois, não se exaure nas necessidades de desenvolvimento individual e social. Além disso, a efetividade de todos os demais direitos fundamentais, enquanto persistir a divisão do mundo em pessoas jurídicas dotadas de soberania, perpassa a positivação e, como vimos, ações do Estado, tanto de limitar-se como de atuar e reconhecer. Portanto, vincular-se a um país para obter deste a proteção e garantia de seus direitos, pautado na dignidade e autodeterminação do indivíduo, é, da mesma forma, um direito fundamental.

Por último, pode ocorrer que o cidadão, deixando de atender aos requisitos mínimos para a preservação da cidadania, venha a perdê-la, sendo, então, excluído

²⁴ Vale mencionar que Dallari faz a diferenciação entre cidadania e cidadania ativa, cidadania lato sensu seria sinônimo de nacionalidade;

do povo do Estado. Como é óbvio, esta exclusão é ato de extrema gravidade, especialmente se o excluído não tiver condições para ser cidadão de outro Estado, pois deixa o indivíduo completamente desprotegido e o impossibilita, praticamente, de viver em associação com os outros indivíduos, o que é uma exigência da própria natureza humana. Assim, pois, só deve ocorrer essa exclusão nos casos em que o próprio povo, inequivocamente, a considere necessária. (DALLARI, 2016, p. 104)

A nacionalidade, então, requer uma atividade de reconhecimento do Estado. A pessoa humana sempre há de existir, o que lhe resta é o status de nacional, portanto, o reconhecimento por parte da comunidade política como parte integrante da mesma. Desta maneira, é possível perceber que, na esteira da conquista dos direitos de terceira dimensão, o direito à nacionalidade começa a ser abordado e positivado no bojo dos Direitos Humanos no Direito Internacional.

José Afonso da Silva desenvolve o conceito de nacionalidade em seu Curso de Direito Constitucional Positivo como “o vínculo jurídico-político de Direito Público interno, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado” (SILVA, 2018, p. 323). Interessante destacar que antes o autor observa sua natureza sociológica também, confundindo-se com o conceito de nação, conjunto de tradições e culturas próprias de um grupo, defendendo até uma nova nomenclatura para este direito com o fim de diferenciá-lo da abstração da nação. Faz isto, também, para diferenciar o conceito de povo, que foi trabalhado no capítulo passado, de população ou habitantes. Em que pese o desejo do eminente constitucionalista, o termo lastreado é nacionalidade.

Hoje, no âmbito internacional, o direito à nacionalidade está previsto como direito fundamental da pessoa humana em diversos instrumentos, declarações e tratados. Mormente, e não poderia ser diferente, ele está previsto no Artigo 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948, após a Segunda Guerra Mundial e uma das primeiras peças basilares da ONU e da nova sociedade internacional que surgia. Importante destacar o termo proclamar, usado no próprio texto da

Declaração, demonstrando o caráter fundamental e primordial dos direitos que não são criados, mas reconhecidos (DALLARI, 2016).

Artigo 15

1. Todo ser humano tem direito a uma nacionalidade.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Outrossim, se não bastasse o principal parâmetro internacional de Direitos Humanos, a Organização dos Estados Americanos, no âmbito regional, também positivou o Direito à Nacionalidade no Pacto de São José da Costa Rica, a carta de Direitos Humanos da organização regional.

Artigo 20 - Direito à nacionalidade

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.
2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra.
3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade, nem do direito de mudá-la.

O Pacto adiciona, por sua vez, uma característica tradicional das nacionalidades americanas: a regra do *ius soli*, a qual determina que é nacional toda pessoa nascida dentro do território do país.

Dessarte, os laços e conexões da base teórica esposada no presente trabalho se revelam cada vez mais claros. O povo constitui a dimensão subjetiva, pessoal, do Estado, sobre a qual ele estabelece sua jurisdição e a partir da qual, nas formas de governo recentes, concebe-se sua vontade. Com a evolução dos direitos fundamentais no seio das relações de direito público, esse vínculo do poder, e sua forma jurídica, a jurisdição, com seus sujeitos se reveste de um novo teor.

Na medida em que esse rol de direitos desenvolveu-se, assim como suas garantias, positivados nos Estados seja por um novo parâmetro de legitimidade e lutas internas ou pelo progresso do Direito Internacional e a relativização da soberania, o pertencimento a um povo, inserir-se nessa

relação de direito público, torna-se essencial para a efetividade, garantia e proteção de direitos básicos.

Article 15 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) provides that “[e]veryone has the right to a nationality” and that “[n]o one shall be arbitrarily deprived of his nationality nor denied the right to change his nationality.” Enshrining citizenship and the right to be free from arbitrary deprivation of citizenship as human rights in and of themselves, article 15 of the UDHR establishes the bedrock legal relationship between individuals and states. While all states are bound to respect the human rights of all individuals without distinction, an individual’s legal bond to a particular state through citizenship remains in practice an essential prerequisite to the enjoyment and protection of the full range of human rights. (...) The proliferation of human rights norms in international and regional instruments has developed substantive limitations on state sovereignty over citizenship regulation that gives meaning to that provision. In particular, the universal anti-discrimination norm and the principle that statelessness should be avoided have emerged to constrain state discretion on citizenship.²⁵ (ADJAMI & HARRINGTON, 2008, p. 91)

Isto foi compreendido pela comunidade internacional, que através dos tratados acima expostos, assim como outros instrumentos de combate à situação de apátrida, buscou eliminar a possibilidade de uma pessoa estar desvinculada de qualquer Estado, cuja necessidade se mostra tanto no plano social, psíquico e jurídico. Exemplifica-se com a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954, da qual o Brasil (internalizou-a por meio do Decreto 4246 de 2002) e países europeus são signatários. A convenção elenca um estatuto de direitos básicos que devem ser garantidos ao apátrida domiciliado em determinado país, sempre com base no princípio da não discriminação, abordando desde liberdades fundamentais até acesso à justiça e à políticas públicas advindos de direitos sociais.

²⁵ “O Artigo 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos elenca que ‘todos têm direito a uma nacionalidade’ e que ‘ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua nacionalidade nem do direito de alterar a nacionalidade’. Reforçando a cidadania e o direito de não ter sua nacionalidade arbitrariamente subtraída como Direitos Humanos em si mesmo, o artigo 15 da Declaração estabelece a base legal para a relação entre os indivíduos e os Estados. Enquanto todos Estados estão vinculados aos Direitos Humanos de todos indivíduos sem distinção, a vinculação legal de um indivíduo a um determinado Estado através da cidadania ainda é, na prática, um pre-requisito essencial para o gozo e proteção total dos Direitos Humanos. (...) A proliferação das normas de Direitos Humanos nos instrumentos internacionais e regionais desenvolveu limitações substantivas na soberania do Estado sobre a regulação da cidadania, dando efetividade ao artigo 15 da Declaração. Em particular, a norma universal da não-discriminação e o princípio de que a apatridia deva ser evitada emergiram para limitar a discricionariedade do Estado sobre a cidadania.” (Tradução Nossa);

Essa orientação se encontra refletida em muitos ordenamentos constitucionais ao redor do mundo. Citando, mais uma vez, o exemplo alemão, veja-se o art. 16 da Lei Fundamental Alemã:

Artigo 16 [Nacionalidade – Extradicação] (1) A nacionalidade alemã não pode ser revogada. A perda da nacionalidade só pode ocorrer em virtude de lei e, se oposta à vontade do atingido, só pode vigorar se o mesmo não tornar-se apátrida em consequência da medida.

Por outro lado, também há órgãos internacionais que promovem o respeito pelo direito de pessoas nessa situação. A ACNUR (Alto-Comissariado das Nações Unidas para Refugiados), desde 1995, passou a ter mandato da Assembleia Geral da ONU (através das resoluções 50/152 de 1995 e 61/137 de 2006) sobre todos na situação de apátrida.

Assim, o direito fundamental à nacionalidade, consolidado no art. 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e regulamentada em outros instrumentos, recebeu atenção especial no período pós-guerra. Por mais que tenha surgido na terceira dimensão dos Direitos Humanos, ficou evidente sua centralidade na garantia das demais liberdades fundamentais e igualdade, ficando muito atrelada ao desenvolvimento do princípio da não-discriminação.

1. Apátridia surge em diversos contextos. Ela ocorre em situações migratórias, por exemplo, entre expatriados que perdem ou são privados de sua nacionalidade sem ter adquirido a nacionalidade do país de residência habitual. A maioria dos apátridas, no entanto, nunca cruzou fronteiras e se encontram em seus “próprios países”. O seu suplício ocorre a nível local, ou seja, no país de residência prolongada, que em muitos casos é o seu país de nascimento. Para esses indivíduos, apátridia é muitas vezes o resultado de problemas na elaboração e implementação de legislações sobre nacionalidade.

2. No pós-Segunda Guerra Mundial, tornou-se evidente a necessidade de uma ação internacional para proteger apátridas e refugiados. Dessa forma, a Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas (“Convenção de 1954”) compartilha a mesma origem da Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados (“Convenção de 1951”). A Convenção de 1954 foi inicialmente concebida como uma minuta de protocolo à convenção sobre refúgio. No entanto, quando a Convenção de 1951 foi adotada, o protocolo foi deixado na forma de minuta e foi tratado em uma conferência de negociação separada, onde foi transformado em um tratado específico sobre apátridas. O texto da Convenção de 1954 e a lista de Estados-parte podem ser encontrados nos Anexos I e III, respectivamente.

3. A Convenção de 1954 continua sendo o único tratado internacional voltado especificamente à regulamentação dos parâmetros de tratamento dos apátridas. A

Convenção, portanto, é de fundamental importância para assegurar a proteção deste grupo vulnerável. (MANUAL, 2014)

Apesar do reconhecimento e avanço no sentido de garantir a nacionalidade a toda pessoa humana, sendo fundamental à dignidade, ao desenvolvimento e ao exercício dos direitos fundamentais, os instrumentos internacionais ainda são limitados, a Convenção, por exemplo, é adotada por menos da metade dos países e a questão da privação arbitrária da nacionalidade é pouco abordada. O excerto acima, retirado do Manual de Proteção aos Apátridas da ACNUR, identifica essa questão em seu primeiro parágrafo introdutório. O manual continua em suas considerações gerais:

O Artigo 1(1) da Convenção de 1954 deve ser interpretado em harmonia com o significado do texto, contextualizando-se e levando-se em consideração o objeto e propósito do tratado. Como indicado em seu preâmbulo e nos Travaux Préparatoires, o objeto e o propósito da Convenção de 1954 é garantir que os apátridas gozem plenamente de seus direitos humanos. Seus formuladores buscaram melhorar a situação dos apátridas, regulamentando sua condição. Como regra geral, é preferível ter uma nacionalidade a ser reconhecido e protegido como apátrida. Portanto, ao buscar garantir que todos os que se encaixam na Convenção de 1954 se beneficiem dos seus dispositivos, é importante assegurar que indivíduos com uma nacionalidade serão assim reconhecidos, e não identificados erroneamente como apátridas. reconhecer e respeitar a nacionalidade de cada pessoa. (MANUAL, 2014)

Conforme observado pela agência, conquanto a Convenção vise regulamentar a condição da apatridia para que se tenha o gozo pleno dos Direitos Humanos por todos, o preferível é o reconhecimento de uma nacionalidade a todo indivíduo. Nesta senda, inestimável é a contribuição da autora de origem judia, Hannah Arendt, sobre o direito à nacionalidade como direito fundamental, baseando-se na própria experiência sob o regime nazista na Alemanha, constituindo-se em direitos de ter direitos.

Os Direitos do Homem, supostamente inalienáveis, mostraram-se inexecutáveis – mesmo nos países cujas constituições se baseavam neles – sempre que surgiam pessoas que não eram cidadãos de algum Estado soberano. A esse fato, por si só já suficientemente desconcertante, deve acrescentar-se a confusão criada pelas numerosas tentativas de moldar o conceito de direitos humanos no sentido de defini-los com alguma convicção, em contraste com os direitos do cidadão, claramente delineados. (...) Ninguém se apercebia de que a humanidade, concebida durante tanto tempo à imagem de uma família de nações, havia alcançado o estágio em que a pessoa expulsa de uma dessas comunidades rigidamente organizadas e

fechadas via-se expulsa de toda a família de nações. (...) Essa situação é um exemplo das muitas perplexidades inerentes ao conceito dos direitos humanos. Não importa como tenham sido definidos no passado (o direito à vida, à liberdade e à procura da felicidade, de acordo com a fórmula americana; ou a igualdade perante a lei, a liberdade, a proteção da propriedade e a soberania nacional, segundo os franceses); não importa como se procure aperfeiçoar uma fórmula tão ambígua como a busca da felicidade, ou uma fórmula antiquada como o direito indiscutível à propriedade; a verdadeira situação daqueles a quem o século XX jogou fora do âmbito da lei mostra que esses são direitos cuja perda não leva à absoluta privação de direitos. O soldado durante a guerra é privado do seu direito à vida; o criminoso, do seu direito à liberdade; todos cidadãos, numa emergência, do direito de buscarem a felicidade; mas ninguém dirá jamais que em qualquer desses casos houve uma perda de direitos humanos. (ARENDT, 2012, p. 399-402)

4. Casos de Perseguição

4.1 Introdução

Passadas as considerações teóricas, torna-se possível analisar os casos que constituem objetos empíricos do presente trabalho. Para tanto, resta conectar os pontos abordados no ensaio e, assim, demonstrar a validade real do direito à nacionalidade enquanto direito fundamental.

Os direitos fundamentais da pessoa humana, que têm a dignidade da pessoa humana como norte, levam em consideração as necessidades básicas de cada qual para seu pleno desenvolvimento, autodeterminação pessoal. Sua garantia é um imperativo ético e moral, assim cada vez mais reconhecido pelas populações e pelos Estados que cada vez mais determinam a legitimidade através da efetivação daqueles direitos.

O modo pelo qual esses direitos encontraram maior efetividade foi pela forma do Estado Democrático, garantindo a participação efetiva das pessoas, não só no processo decisório, mas também em todas as dimensões da vida pública. Isso vai ao encontro com aquelas necessidades decorrentes da dignidade da pessoa humana, as quais superam em muito a simples liberdade individual negativa²⁶.

Percebemos, com o auxílio da sociologia, que o desenvolvimento do indivíduo é indissociável da sua imersão em uma comunidade. Nisto, os Direitos Humanos se baseiam, como vimos, na fraternidade e no que torna todos comuns: a condição enquanto humanos. Portanto, há uma necessidade intrínseca a toda pessoa em participar da vida em comum, compartilhar dos diversos grupos humanos, necessidade esta satisfeita por meio da nacionalidade, que determina o vínculo do indivíduo com aquela comunidade.

²⁶ Liberdade negativa sendo aquela que afasta a coação do poder político sobre o indivíduo, das liberdades clássicas de primeira dimensão dos Direitos Humanos;

Sem embargo, reconhecendo que, apesar de um movimento de relativização e entrada de novos atores não estatais, o mundo ainda se divide entre Estados soberanos, a efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana perpassa a atuação dos mesmos para com aqueles que a ele estão vinculados. Nesta senda, o reconhecimento da pessoa como sujeito de direito público é imperativo para cumprir com a necessidade do indivíduo de fazer parte da vida coletiva, assim como para efetivar-se os demais direitos decorrentes do reconhecimento de sua dignidade inata e absoluta.

Outrossim, o Estado Democrático de Direito inaugura um novo momento na relação do poder soberano, capaz de exercer esse reconhecimento e garantir tais direitos, e o povo. Conforme supracitado, inclui este na própria formação da vontade e no fim de suas ações, buscando garantir seu bem estar. Porém, mais relevante ainda: ao colocar a dignidade e a pessoa humana como princípio e fim do Estado, desfaz-se uma característica que acompanhava o surgimento do Estado. Como a dignidade humana coloca em pé de igualdade todas pessoas e tem como princípio, por exemplo, a não-discriminação, a caracterização do povo supera limites étnicos, religiosos e de outras características às quais estava atrelado desde sua concepção.

Por essa razão que o direito fundamental à nacionalidade toma contornos especiais. Os Estados Democráticos assumem deveres com si próprio de realizar o bem comum de seu povo. Eles, através de seu poder soberano legitimado pelo próprio povo, definem quem faz parte do povo. Porém, tendo a dignidade humana irradiada em seu ordenamento e a pluralidade como um de seus fundamentos, a delimitação do povo torna-se um instrumento para a contemplação dessas finalidades, acima de qualquer divisão étnica.

Sendo assim, se a efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana está condicionada a uma série de atuações estatais, estas direcionadas a esse grupo humano delimitado, o direito à nacionalidade torna-se não só um instrumento, mas o primeiro passo para qualquer

efetivação e proteção dos Direitos Humanos. Afinal, enquanto parte integrante do país, portanto um cidadão em igualdade jurídica com os demais, o indivíduo é sujeito dos direitos públicos elencados, das políticas públicas e das proteções dadas a todo nacional, principalmente diante do próprio Estado.

Dalmo Dallari, em passagem já reproduzida neste ensaio²⁷, afirma que a exclusão de um ou um grupo de indivíduos do conjunto que forma o povo de determinado Estado é ato de extrema gravidade que o deixa desprotegido e alheio a uma dimensão fundamental de seu desenvolvimento pessoal, a vida em sociedade. Isso corrobora e reforça a fundamentalidade do direito à nacionalidade. Não é por menos que nos instrumentos internacionais analisados, seja a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto de São José, preveem, além da própria nacionalidade, a vedação a sua privação arbitrária.

Portanto, a necessidade de prescrever, além do próprio direito à nacionalidade, a proibição à sua privação arbitrária demonstra como é central, para o próprio desenvolvimento dos direitos fundamentais, a sua garantia. Ademais de todas consequências essenciais advindas da relação jurídica criada com o reconhecimento da nacionalidade, a partir desse momento se evoca muitos outros significantes relevantes. Já adentramos nos impactos sociais e pessoais, como inclusive o pertencimento a uma comunidade é um imperativo para o próprio desenvolvimento humano, mas ser nacional de um Estado também remonta toda história por trás da formação do vínculo.

Isto é, o momento de reconhecimento da nacionalidade reafirma todos aqueles ideais sobre os quais se permitiu o desenvolvimento das formas de Estado contemporânea e os próprios Direitos Humanos. Igualdade com os demais concidadãos, fraternidade com os mesmos, participação na vida comum em sociedade, compartilhamento do poder através da sua democratização e assim se segue.

²⁷ p.60-61;

Sendo assim, no parâmetro atual dos Direitos Humanos e Estado Democrático, o direito à nacionalidade está desvinculado do conceito de nação, por isso, tanto José Afonso da Silva²⁸ quanto Dallari²⁹ apontam para a dubiedade da terminologia. Porém, persiste nos dias de hoje forças nacionalistas que se sustentam em questões étnico-culturais, disputando, no campo político observado por Bourdieu³⁰, para oficializar esse tipo de separação incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana. Feitas essas considerações, encontramos-nos mais preparados para adentrar na análise dos casos em curso de perseguição de minorias e como esses fatos demonstram que, ainda hoje, o direito à nacionalidade, ou, como denominado por Hannah Arendt, o direito de ter direitos, merece uma atenção especial por seu papel na proteção dos direitos humanos.

Revela-se que o direito à nacionalidade representa um primeiro passo na contemplação dos direitos humanos e uma das principais barreiras contra a construção e execução de políticas de limpeza étnica e perseguição de grupos minoritários. Para tanto, valemo-nos da história, uma importante professora para o presente, que nos guarda diversos momentos onde se perpetuam barbaridades mediante a violação da nacionalidade enquanto direito fundamental da pessoa humana e decorrente da dignidade humana.

4.2 Casos do Passado Recente

As primeiras leis acerca das condições para obtenção da nacionalidade datam de meados do Século XIX, quando os direitos fundamentais ainda se restringiam a pautas doutrinárias e pouco efetivados. Ademais, o período era marcado por impérios multinacionais e a consolidação dos Estados

²⁸ Segundo José Afonso: “Nacionais seriam ‘todos quantos nascem num certo ambiente cultural feito de tradições e costumes, geralmente expresso numa língua comum, actualizado num idêntico conceito de vida e dinamizado pelas mesmas aspirações de futuro e os mesmos ideias coletivos’. Não é, porém, esse o sentido dos termos nacional e nacionalidade no sistema jurídico.” (SILVA, 2018, p. 322-323);

²⁹ p. 26-27;

³⁰ p. 36;

Constitucionais não viria tão cedo, sendo os impérios europeus, com raras exceções, monarquias absolutistas ou despóticas. Portanto, a relação reconhecida ali era demasiadamente formalística, distante dos padrões de cidadania que se conhece hoje, cuja substância foi se formando, segundo observamos, através de uma evolução histórica dos Direitos Humanos.

Somente a partir da segunda metade do Século XIX, principalmente a partir do evento conhecido como Primavera dos Povos, que os fenômenos aqui descritos tornam-se mais evidentes. O Concerto Europeu, que sustentou alguns desses impérios e monarquias, começa a se desintegrar, enquanto avança a industrialização e, simultaneamente, as exigências sociais. As disputas nacionais e étnicas se intensificam com a ascensão do nacionalismo em movimentos como Jovem Itália, que influenciou congêneres em outros impérios.

Desta forma, desenrola-se todo processo histórico já percorrido, principalmente após a Primeira Guerra Mundial. Porém, ao passo que se afirmam direitos àqueles pertencentes ao povo, diversos grupos humanos que não lograram formar um Estado ficam à deriva com o fim dos impérios, sem proteção e direitos, alvos e bodes expiatórios das crises subsequentes.

The national bias of human rights became shockingly obvious in the period between World War I and World War II when some 50 million people became stateless persons, refugees, or minorities through mass denaturalization. (DEGOOYER et al., 2018, p. 34)

Um exemplo que pode demonstrar essa trajetória relatada é do Império Otomano. Tratava-se de uma entidade política extensa e multinacional, que, durante momentos efêmeros intercalando a monarquia absolutista, logrou avanços materiais e jurídicos inclusive para as minorias não-muçulmanas em seu território, que detinham a nacionalidade do império com a respectiva lei de 1869. Todavia, como supracitado, era uma relação formalística (HANLEY, 2016) que, inclusive, estava inserida dentro de um ordenamento absolutista e que criava diferentes tratamentos a depender da religião.

The Porte had passed the citizenship law of 1869 in order to prevent rich non-Muslims, usually merchants, in the empire from purchasing protégé status from foreign embassies and consulates in order to live under the regime of the capitulations. The 1869 law was based on territoriality like the French law of 1851, unlike the Prussian law based on ethnicity. But the law failed to transform subjects into citizens.³¹ (AHMAD, 2014, p. 5)

Nos anos que antecederam a Primeira Guerra Mundial, o império, que estava em declínio, passou por uma série de turbulências. Após uma série de derrotas na Guerra dos Bálcãs, viu seu território se reduzir drasticamente. O Império Otomano, portanto, estava menos diverso e sob controle de nacionalistas que visavam manter a integridade do que restava.

Com isto, com o início da Grande Guerra, bastou o conflito se acirrar e a crise se agravar para a minoria armênia tornar-se alvo do governo. Sob alegações de contribuir com os inimigos russos, o governo otomano inicia um plano de deportação em massa, inaugurado pela Lei Tehcir em 1915, que resultou na morte de mais de um milhão de armênios em um genocídio que se perpetuou por anos, inclusive após o fim da guerra. A lei, embora não expresse nominalmente os armênios, direcionou-se a eles ao isentar de deportação forçada, dentre outros, os Católicos e Protestantes.

Apesar da tentativa de equiparar legalmente as populações, isso não ocorreu tanto pela natureza do Estado, que, na maior parte do tempo, se tratava de um governo absolutista, pela discriminação que persistia através dos tempos e, principalmente, pela manutenção da população como súdita. Portanto, enquanto súditos, os armênios foram alvos das mais diversas arbitrariedades na tentativa de homogeneizar a população do Império.

Se o Estado ainda não garante os direitos mais básicos nem a seus nacionais, mantendo-os como súditos para os mais diversos fins alheios à dignidade humana, não seria a nacionalidade que cumpriria essa função. Situação diversa é, porém, a que ocorreu duas décadas depois.

³¹ “O Governo passara a lei de cidadania de 1869 para prevenir não-muçulmanos ricos, normalmente comerciantes, do império de comprar o status de protégé de embaixadas e consulados estrangeiros visando a viver sob o regime de capitulações. A lei de 1869 se baseou na territorialidade assim como a lei francesa de 1851, diferente da lei prussiana baseada na etnia. Porém, a lei falhou em transformar súditos em cidadãos” (Tradução Nossa);

A Primeira Guerra Mundial, como já antecipado, pôs fim a diversos impérios e despotismos. Surgem diversos Estados nacionais sobre os escombros dos impérios desmantelados, a segunda dimensão dos Direitos Humanos ganha tração com o avanço das lutas sociais e a cidadania, em muitos países, ganha sentido substancial, ampliando-se a cidadania ativa e formando Estados Sociais como demonstrado por Piketty³².

Agora os cidadãos eram sujeitos de direitos públicos mais substantivos. Além disso, os Estados se encontravam em um estágio mais avançado e consolidado do Estado de Direito com o fim dos governos absolutistas. Destarte, o direito à nacionalidade começa a ter relevo para o efetivo gozo dos novos direitos, que vão integrar o rol o qual consideramos fundamental.

Por isso, a situação após a Primeira Guerra Mundial de grandes massas apátridas, deslocadas e sem proteção chama a atenção. Parte desse grupo, inclusive, fará parte da grande quantidade de migrantes que vão em direção aos países americanos. Muitos armênios, por exemplo, migraram aos Estados Unidos. Os países americanos, por beneficiarem-se da onda de imigrantes, representavam uma oportunidade para esses deslocados. Porém, nem sempre foi assim. Os próprios EUA, posteriormente, limitaram o número e a região de origem dos imigrantes.

Com o surgimento das minorias na Europa oriental e meridional e com a incursão dos povos sem Estado na Europa central e ocidental, um elemento de desintegração completamente novo foi introduzido na Europa do pós-guerra. A desnacionalização tornou-se uma poderosa arma da política totalitária, e a incapacidade constitucional dos Estados-nações europeus de proteger os direitos humanos dos que haviam perdido os seus direitos nacionais permitiu aos governos opressores impor a sua escala de valores até mesmo sobre os países oponentes. (ARENDT, 2012)

Isso nos leva ao exemplo histórico mais paradigmático da importância da nacionalidade e seu papel dentro da efetivação e garantia de direitos. Dessas condições reais relatadas, a Alemanha, findado o império autocrático, se constituiu através de um importante documento histórico, a Constituição

³² p. 37;

de Weimar de 1919. Esta Carta condensa todo esse movimento, e até antecipa vários avanços, sendo uma referência até os dias de hoje pelo rol de direitos fundamentais. Embora não previsse a nacionalidade, visto que esta era determinada pelas regiões do país, ela determina a igualdade na condição de cidadania:

Article 110.

Citizenship in the Reich and in the states shall be acquired and lost in accordance with the provisions of a national law.

Every citizen of a state is at the same time a citizen of the Reich.

Every German shall have in every state of the Reich equal rights and duties with the citizens of that state.³³

Além disso, representava, para os parâmetros da época, um relativo progresso em relação ao pluralismo dos novos Estados:

Article 113.

The foreign language parts of the population of the Reich may not be interfered with by legislative or administrative action in their free racial development, especially in the use of their mother tongue in education, as well as in the communal administration and the administration of justice.³⁴

Apesar das previsões, a Constituição não resistiu aos seguidos atos emergenciais impostos pelo Partido Nazista após o incêndio do Reichstag em 1933. O evento foi instrumentalizado pelo governo para suspender diversas liberdades em estado de emergência, estabelecer um Estado policaresco e, com a maioria obtida na eleição no mesmo mês, concentrou poderes. A Lei de Concessão de Plenos Poderes permitia ao Partido, agora controlando

³³ "Artigo 110. Cidadania no Reino e em todos Estados devem ser adquiridos ou terminados de acordo com as previsões da lei nacional. Todo cidadão de um Estado é, ao mesmo tempo, cidadão do Reino. Todo alemão deve ter em todo Estado do Reino direitos e deveres iguais aos dos cidadãos deste Estado." (Tradução Nossa);

³⁴ "Artigo 113. A língua estrangeira de populações do Reino não devem sofrer interferência de ação legislativa ou administrativa em seu livre desenvolvimento racial, especialmente no uso de sua língua mátria na educação, assim como na administração comum e na administração da justiça." (Tradução Nossa);

diversas instâncias do poder, fazer leis paralelas à Constituição, pondo um fim a sua eficácia na prática.

Com o caminho livre para realizar seus planos, entra em cena a dinâmica deste trabalho. O Partido Nazista chegou ao poder utilizando diversas táticas, dentre as quais se encontrava o discurso divisivo contra minorias. Apelando a um passado racial mítico e elaborando um projeto de Estado Étnico, a nacionalidade entra no caminho da retórica e do programa nazista, visto que muitos dos grupos alvos eram cidadãos alemães.

Com isto, após a tomada do controle absoluto pelo partido, diversas leis foram promulgadas mirando essas minorias, principalmente os judeus e ciganos. Primeiro, em 1934, alterou-se a lei para criar uma nacionalidade unificada, pois antes era descentralizada, e garantiu-se ao governo o poder de conceder ou retirar discricionariamente a cidadania.

O principal golpe, porém, vem com as duas Leis de Nuremberg em 1935. Através delas, somente quem tivesse “sangue alemão” poderia portar a cidadania alemã, sendo os demais rebaixados à categoria de “sujeitos do Estado”, um retorno à condição de súdito.

Artigo 1

1. Um indivíduo do estado é uma pessoa que goza da proteção do Reich alemão e que, em consequência, tem obrigações específicas para com isso.
2. O estatuto do indivíduo do estado é adquirido de acordo com as disposições do Reich e da Lei de Cidadania do Reich.

Artigo 2

1. Um cidadão de Reich é um indivíduo do estado que é de sangue alemão, ou com ele relacionado, e prova, pela sua conduta, que está disposto e apto a servir fielmente o povo alemão e Reich.
2. A cidadania do Reich é adquirida através da concessão de um certificado de cidadania do Reich.
3. O cidadão do Reich é o único portador de direitos políticos completos de acordo com a lei.

A privação das minorias étnicas da cidadania alemã é acompanhada de uma total marginalização e isso pode ser observado na outra lei que foi promulgada em conjunto:

Artigo 1

1. Os casamentos entre judeus e indivíduos do estado de sangue alemão, ou com ele relacionado, são proibidos. Os casamentos, no entanto, já concluídos, são inválidos, mesmo que concluídos no exterior para circundar esta lei.
2. Os processos de anulação só podem ser iniciados pelo promotor público.

Artigo 2

As relações extraconjugais entre judeus e indivíduos do estado de sangue alemão, ou com ele relacionado, são proibidas.

Artigo 3

Os judeus não podem empregar nas suas casas mulheres do estado de sangue alemão, ou com ele relacionado, com menos de 45 anos de idade.

Artigo 4

1. Os judeus estão proibidos de hastear a bandeira do Reich ou a bandeira nacional, ou de expor as cores do Reich.
2. Têm, por outro lado, autorização para expor as cores judaicas. O exercício deste direito está protegido pelo estado.

Artigo 5

1. Qualquer pessoa que viole as proibições referidas no Artigo 1 será punida com prisão com trabalho forçado.
2. Um homem que viole as proibições referidas no Artigo 2, será punido com prisão ou prisão com trabalho forçado.
3. Qualquer pessoa que viole o exposto nos Artigos 3 e 4, será punida com prisão com trabalho forçado de até um ano e uma multa, ou com uma destas penalidades.

A infame história que se segue é de amplo conhecimento, com o extermínio de milhões de judeus e ciganos, além de outras minorias. Uma verdadeira fábrica de matança, cujo primeiro passo para a concretização foi a privação da condição de cidadãos, materializando o que, até então, se mantinha no discurso e possibilitando a perseguição impiedosa.

Sem a nacionalidade e com o caminho aberto para a perseguição engendrada pelo regime nazista, essas minorias, além de ficarem totalmente vulnerável aos abusos e distantes daquele valor absoluto da dignidade, não encontraram proteção no exterior. Não obstante uma parcela ter logrado emigrar, a maioria foi rejeitada e sem um Estado que os acudisse.

Portanto, a privação arbitrária de nacionalidade proporcionou para essas minorias, muito além de ficarem de fora do escopo de políticas de consumação de direitos fundamentais, coloca-as em uma situação de extrema

vulnerabilidade a abusos, violando o próprio valor absoluto e igual da dignidade humana, e sem proteção garantida por nenhum Estado.

4.3 Myanmar

A configuração de um genocídio sempre enfrenta uma série de interesses políticos e rigor técnico. Sem embargo, os eventos que se passaram em Myanmar, antiga colônia inglesa de Burma, provavelmente se trata do genocídio mais recente na história humana, que ainda se perpetua e segue gerando consequências reais.

A minoria em questão, os Rohingya, são um povo que habitam uma província determinada do país há vários séculos, sendo seguidores da fé islâmica, ao contrário dos demais (BURMA, 2000). Antes da presença inglesa, a etnia fazia parte de um reino próprio, independente dos reinos budistas no entorno. No final do século XVIII, a região foi conquistada por um reino birmanês, o que causou uma das primeiras movimentações em massa na região, adentrando a colônia inglesa fronteiriça.

Posteriormente, no Século XIX, os ingleses também colonizaram a região do atual Myanmar. Durante esse período, os Rohingya gozaram de relativa autonomia, além de posições na burocracia colonial, com uma consequente imigração de outros muçulmanos para a região.

Logo quando da independência, os conflitos étnicos com a maioria budista se tornaram aparente. Desde o início, o discurso dos governos nacionalistas budistas consideravam a minoria Rohingya estrangeira, não pertencente àquela região, apesar de não encontrar razão na realidade. Segundo a Human Rights Watch:

The British colonized Burma in a series of three wars beginning in 1824. During their rule, the Arakan problem declined as the British allowed for a relative degree of local autonomy. From 1824 to 1942, there were few recorded incidences of

uprisings. This period witnessed significant migration of laborers to Burma from neighboring South Asia. The British administered Burma as a province of India, thus migration to Burma was considered an internal movement. The Burmese government still considers, however, that the migration which took place during this period was illegal, and it is on this basis that they refuse citizenship to the majority of the Rohingya. The reality is that the Rohingya have had a well established presence in the country since the twelfth century.³⁵ (BURMA, 2000)

E com base nesse discurso, a divisão tornou-se real com a Lei de Cidadania birmanesa de 1982. A lei, seguindo a primeira Constituição do país³⁶, refere-se a grupos étnicos indígenas e garante, ainda, discricionariedade ao governo para determinar tais grupos étnicos. Isso permitiu a consagração da narrativa de que os Rohingya eram imigrantes ilegais que adentraram o país após a colonização inglesa, que começara em 1824. Vale relatar que, hoje, trata-se do maior grupo social apátrida do mundo (DALEY, 2017). Assim prescreve a Lei de Cidadania de 1982:

3. Nationals such as the Kachin, Kayah, Karen, Chin, Burman, Mon, Rakhine or Shan and ethnic groups as have settled in any of the territories included within the State as their permanent home from a period anterior to 1185 B.E., 1823 A.D. are Burma citizens.

4. The Council of State may decide whether any ethnic group is national or not.

5. Every national and every person born of parents, both of whom are nationals are citizens by birth.³⁷

Insta salientar que o país vive e viveu, pela maior parte de sua história desde a independência, sob regimes militares. As forças armadas têm

³⁵ “Os britânicos colonizaram Burma em uma série de três guerras iniciando-se em 1824. Durante seu governo, o problema Arakan (região histórica dos Rohingya) se amenizou na medida em que os britânicos permitiram certo grau de autonomia local. De 1824 até 1942, poucos incidentes foram observados. Esse período testemunhou significativa migração de trabalhadores das regiões vizinhas para Burma. Os britânicos, que administravam Burma como uma região da Índia, consideraram a imigração como uma movimentação interna. Entretanto, o governo burmes ainda considera que a migração desse período foi ilegal, e com isso negam cidadania a maioria do povo Rohingya. A realidade é que os Rohingya tinham uma presença estabelecida na região desde o século XII.” (Tradução Nossa);

³⁶ A Constituição de 1948, que foi substituída em 1974;

³⁷ “3. Nacionais como os Kachin, Kayah, Karen, Chin, Burman, Mon, Rakhine ou Shan e grupos étnicos que assentaram em qualquer território dentro do Estado como seu lar permanente no período anterior a 1823 d.C são cidadãos birmaneses. 4. O Conselho de Estado pode decidir se um grupo étnico é nacional ou não. 5. Todo nacional e toda pessoa filha de pais, quando ambos nacionais, são nacionais e cidadãos por nascimento.” (Tradução Nossa);

garantidas grande presença nas matérias políticas e de governo, inclusive com representação e escolha de governantes. Portanto, dentro daquela dinâmica de disputa pelo poder e a busca de grupos por impor uma verdade oficial, não nos surpreende que, oficialmente, tenha se adotado tal visão/divisão nacionalista.

Dessa forma, todas previsões constitucionais de igualdade entre cidadãos, independentemente de etnia, raça ou religião, e dos direitos inerentes a esse grupo se tornam inócuas. A pretensão de um grupo de impor uma visão nacionalista de homogeneidade religiosa logra sucesso ao reduzir outro grupo a estrangeiros ilegais, excluindo-os das políticas públicas de efetivação de direitos e marginalizando-os. Segundo a Anistia Internacional:

Almost every aspect of their lives has been severely restricted, and their human rights – including the right to freedom of movement, a nationality, adequate healthcare, education, work and food – have been routinely violated. (...)

The violations against the Rohingya are so severe and extensive that it amounts to a widespread and systematic attack on a civilian population, which is clearly linked to their ethnic or racial identity. Therefore, this legally constitutes apartheid.

The aim of Myanmar's laws, policies and practices is to dominate and isolate the Rohingya, and following a recent two-year investigation it has become clear that four factors have contributed to this severe breach of human rights:

- The denial of the right to a nationality – the Rohingya have no clear legal status in Myanmar as most are not legally recognised as citizens.
- Extreme restrictions on freedom of movement – state-imposed restrictions have tightened, and self-imposed limitations of movements by communities fearful of violence has also increased over time. Official permission to travel around the country is often required, and only granted after excessively bureaucratic procedures.
- Wide ranging violations of economic and social rights – access to healthcare, education and jobs has become a significant challenge for the Rohingya.
- Systemic social and political exclusions – Muslims in Rakhine state are prevented from freely practicing their faith and hundreds of thousands of them were excluded from the 2015 general election. ³⁸ (MYANMAR, 2017)

³⁸ “Praticamente todos aspectos de suas vidas foram severamente restringidas e seus Direitos Humanos - incluindo o direito de ir e vir, a uma nacionalidade, à saúde, educação, trabalho e comida - foram rotineiramente violados. (...) As violações contra os Rohingya são tão severas e extensivas que incluem ataques sistemáticos contra uma população civil, relacionado com sua identidade étnica ou racial. Consequentemente, constitui-se legalmente em um regime de apartheid. O objetivo das leis, políticas e práticas de Myanmar é de dominar e isolar os Rohingya e, segundo uma investigação recente de dois anos, queda-se claro que quatro fatores contribuíram para essa violação aos Direitos

O analfabetismo entre os Rohingya chega a 80% da população, sendo que 60% das crianças nunca frequentaram uma escola (BRIGGS, 2017). Ainda, falando com a Anistia Internacional, alguns Rohingya relatam esses abusos e privações a direitos básicos:

In some hospitals, they are kept under police guard in separate “Muslim wards”, and access to education has been impacted too. Rohingya children have been barred from attending government schools that were previously mixed, and some teachers refuse to travel to Muslim areas.

A 16-year-old Rohingya girl told us: ‘I want to study more. I want to be a doctor, but I can’t because the authorities won’t let us. Even if I study really hard they won’t let me go.’ ³⁹ (MYANMAR, 2017)

Ademais, ao longo dos anos, esse grupo foi constantemente acossado pelas forças armadas do país. Desde a década de 1970, muitas operações militares contra os Rohingya foram registradas, desapropriando seus pertences e cometendo diversos abusos, desde estupro em massa a execuções extrajudiciais.

Uma dessas ondas de violência, a maior delas e que causou uma das maiores crises migratórias da história recente, contra a minoria se deu na última década. Primeiro, como de costume, o grupo foi excluído do censo de 2014 e das eleições gerais de 2015, a primeira da história do país. Ainda em 2015, diversas leis foram aprovadas que abrem caminho para uma maior

Humanos: A privação do direito à nacionalidade - os Rohingya não têm um status legal claro em Myanmar, visto que a maioria não é legalmente reconhecida como cidadã; Restrições extremas à liberdade de movimento - restrições estatais tornaram-se mais rígidas e aumentou a auto-limitação do movimento por medo de violência. Normalmente, é necessário haver permissão oficial para viajar pelo país e elas só são garantidas após processos burocráticos exagerados; Variadas violações de direitos socioeconômicos - acesso à saúde, educação e trabalho se tornaram um grande desafio para os Rohingya; Exclusão social e política sistemática - muçulmanos no Estado de Rakhine não conseguem praticar livremente sua fé e milhares foram excluídas das eleições gerais de 2015.” (Tradução Nossa);

³⁹ “Em alguns hospitais, eles (os Rohingya) são deixados sob guarda policial em ‘alas muçulmanas’ e o acesso à educação também foi impactado. Crianças Rohingya são barradas de irem a escolas governamentais, que anteriormente permitiam a miscigenação, e alguns professores se recusam a viajar a áreas muçulmanas. Uma garota de 16 anos nos contou: ‘Eu quero estudar mais. Eu quero ser uma médica, mas eu não consigo porque as autoridades não nos permitem. Mesmo se eu estudar muito, não deixam eu ir.’” (Tradução Nossa);

divisão e marginalização com base na religião. Dentre elas, instituiu-se maior burocracia para conversão religiosa, obstáculos para casamento entre mulheres budistas e homens não-budistas e o poder do governo estabelecer um controle populacional sobre os direitos reprodutivos das mulheres em qualquer região delimitável (BURMA, 2015).

Para converter-se, passa a ser necessário o registro, um período de 90 dias, uma entrevista e até estudo religioso, somente após essas etapas poderá confirmar a conversão. Ao lado disto, prevê-se diversas punições à conversão forçada, claramente oriundo da pretensão homogeneizante dos grupos no poder de se defender de uma outra religião a quem se acusa com base em falsas percepções.

O casamento inter-religioso, por sua vez, passa a exigir a publicização da intenção de se casar e abre espaço para a objeção de terceiros, capaz de obstar o casamento, aumentando a vigilância da comunidade, principalmente dos grupos majoritários, sobre esse aspecto da vida civil e privada e impedindo a miscigenação, aprofundando as divisões.

Em 2016, finalmente, após um grupo de insurgentes atacar postos policiais, as forças armadas birmanesas, sob o discurso contra-terrorista, perpetuou ataques sistemáticos contra a população civil Rohingya. Novamente, relatos de estupros em massa, prisões arbitrárias, execuções extrajudiciais, homicídios e, principalmente, incêndio proposital de vilas muçulmanas inteiras, contabilizando 288 comunidades Rohingya (CITIZENSHIP, 2020). Alega-se, também, o uso de minas e o bloqueio de ajuda humanitária.

Até 2018, contabilizaram-se, nessa onda de violência, cerca de 25 mil mortos e mais de 100 mil sofrendo algum tipo de violência, dentre espancamentos, fogo, estupro e ferimentos de tiro. Cerca de 97% da população Rohingya refugiada diz ter testemunhado algum tipo de violência, sendo que 82% presenciaram a morte de um vizinho (HABIB et al., 2018). Antes dessa última onda de violência, havia 150 mil Rohingya vivendo em campos de refugiados. Após, em 2018, o número chega a 900 mil

(ROHINGYA, [s.d]), sendo o maior campo de refugiados do mundo atualmente localizado em Bangladesh, país vizinho de maioria muçulmana.

Para agravar a situação, a maioria dos países vizinhos que recebem os refugiados Rohingya, principalmente Bangladesh, não são signatários de tratados acerca do tratamento de refugiados, a Convenção relativa ao Estatuto de Refugiados de 1951 e o Protocolo de 1967. Sendo assim, até nos países que os recebem, os refugiados e apátridas não têm acesso a muitos dos direitos humanos básicos (NUNGSARI & FLANDERS & CHUAH, 2020). Em 2019, inclusive, Bangladesh anunciou que se recusaria a receber mais refugiados (ROHINGYA, 2019) e as tratativas com Myanmar costumeiramente falham em ter resultados concretos.

Portanto, uma população inteira de quase 2 milhões de integrantes, arbitrariamente privada de uma nacionalidade, convive com abusos recorrentes aos Direitos Humanos mais básicos, são totalmente marginalizados de direitos básicos, como demonstram os índices socioeconômicos, e vivem, atualmente, à deriva entre campos de refugiados ou presos em suas vilas sob constante ameaça de violência.

Em seu último relatório em 2020, o Alto-comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos assim resumiu a situação:

The Council has been presented with our report on root causes of the violations and abuses suffered by ethnic and religious minorities in Myanmar, including the Rohingya, pursuant to resolution 39/2. I am pleased to note the engagement of the Government of Myanmar in providing constructive inputs to the report.

As noted in the report, discrimination and exclusion against religious and ethnic minorities have characterised many of the laws and policies of Myanmar for over half a century. They have contributed to and perpetuated violence, extreme poverty, exploitation and dispossession. Notably, the 1982 Citizenship Law rendered stateless a significant proportion of the Rohingya and other Muslims, compounding their vulnerability.

Moreover, ethnic and religious minorities across the country have to varying degrees, suffered serious human rights violations at the hands of the military, whose counter-insurgency policies and tactics have at times included the deliberate targeting of civilians. Ethnic and religious minorities have, to a lesser extent suffered abuses by ethnic armed groups.

Several international accountability mechanisms have commenced proceedings in relation to the alleged international crimes committed in Myanmar.

The root causes of these violations are complex, multi-dimensional and long-standing. Unpacking and untangling this multi-faceted human rights challenge requires understanding the historical, political, economic and social dimensions as a prerequisite to identifying solutions.

Democratic deficits in Myanmar, as well as entrenched impunity, weak rule of law, and the lack of civilian oversight over the military, have been major enabling factors.

Economic interests have also been an important driver, fuelling displacement, deepening inequalities and depriving minority communities of the basic means for survival. The social and economic impact on women and girls, particularly through sexual and gender-based violence, has been especially acute.

The recent upsurge of xenophobia and violence can also be partly attributed to the stresses and uncertainties of Myanmar's current transition from decades of authoritarian rule. The dramatic expansion of public access to social media has enabled extremist and ultra-nationalist movements to propagate messages inciting hatred and violence, fuelling communal tensions. I urge the Government to take action to address escalating prejudice and incitement against Rohingya Muslims and other minority communities. Inter-faith, civil society initiatives such as the Panzagar (flower speech) campaign should be encouraged and supported.

In addition, my report highlights some of the other measures that would help to foster greater space for diversity and equality in Myanmar, protection for the rights of religious and ethnic minorities, and ultimately sustainable peace and reconciliation. Addressing the rights of minorities will be essential for Myanmar to resolve conflicts, build peace and consolidate the democratic transition. Decisive measures are needed to ensure genuine accountability and civilian oversight of the military. Legal and policy reforms are needed, including with regard to citizenship. Education reforms can encourage a new sense of national identity and promote diversity and tolerance. Transitional justice processes can help to heal deep divisions.⁴⁰ (BACHELET, 2020)

⁴⁰ “O Conselho recebeu nosso relatório sobre as causas das violações e abusos sofridos por minorias étnicas e religiosas no Myanmar, incluindo os Rohingya, seguindo a resolução 39/2. Estou satisfeita em anunciar o engajamento do Governo de Myanmar para prover informações construtivas para o relatório. Como notado no relatório, discriminação e exclusão contra minorias étnicas e religiosas caracterizaram muitas das leis e políticas de Myanmar por mais de meio século. Elas contribuíram para perpetuar violência, pobreza extrema, exploração e desapropriação. Notavelmente, a Lei de Cidadania de 1982 deixou apátrida uma proporção significativa dos Rohingya e outros muçulmanos, contribuindo para sua vulnerabilidade. Ademais, minorias étnicas e religiosas sofreram através do país, em diversos graus, sérias violações dos Direitos Humanos por conta dos militares, cujas políticas contra-insurgência e táticas volta e meia alvejavam, deliberadamente, civis. Minorias étnicas e religiosas sofreram, em menor escala, abusos por grupos étnicos armados. Diversas instâncias internacionais de responsabilização começaram processos em relação aos alegados crimes internacionais cometidos em Myanmar. A raiz dessas violações é complexa, multidimensional e longeva. Desvendando essas causas, os desafios de Direitos Humanos exigem o entendimento histórico, político, econômico e social como pré-requisito para identificar as soluções. Déficit democráticos em Myanmar, assim como impunidade entrincheirada, um fraco Estado de Direito e a falta de supervisão civil sobre os militares foram grandes fatores. Interesses econômicos também alimentaram o deslocamento, aprofundando as desigualdades e privando as comunidades

Em que pesem as ações e movimentações de ONGs, gestões de outros Estados e Organizações Internacionais⁴¹ para pressionar o governo local e tentar responsabilizar os culpados pela situação, abusos e violações que se perpetuam no país, a importância da nacionalidade é ressaltada nesses momentos, visto que, em última análise, a não configuração como sujeito de direito público em relação aos Estados deixa o indivíduo desprovido de qualquer meio de proteção. A soberania estatal continua a ser, hodiernamente, o primeiro passo para a consolidação de direitos fundamentais da pessoa humana.

Fica evidente que a minoria Rohingya, enquanto não for reconhecida como nacional e cidadã de nenhum país, ficará nessa situação de extrema vulnerabilidade para qualquer discurso e ação que atente contra sua dignidade. Para além disso, não haverá nenhuma esperança, enquanto persistir essa condição, de paz e estabilidade para o pleno desenvolvimento e determinação dos indivíduos e da comunidade.

Infelizmente, a situação relatada no relatório acima de transição democrática sofreu um novo duro golpe no último ano, com os militares, justamente aqueles que perpetuam a limpeza étnica, mais uma vez, tomando o controle através de um golpe.

minoritárias dos meios básicos para sobrevivência. O impacto socioeconômico sobre mulheres e garotas, particularmente por meio de violência sexual e de gênero, foi agudo. O recente ressurgir de xenofobia e violência também pode ser parcialmente atribuído aos impactos e incertezas da atual transição de décadas de governo autoritário. A expansão dramática de acesso público a redes sociais permitiram extremistas e ultranacionalistas a propagarem mensagens incitando ódio e violência, alimentando tensões comunais. Insisto que o Governo tome ações para resolver o crescente preconceito e incitamento contra muçulmanos Rohingya e outras comunidades minoritárias. Iniciativas civis inter-religiosas como a campanha Panzagar devem ser encorajadas e apoiadas. Adicionalmente, o relatório aponta algumas outras medidas que ajudariam a abrir maiores espaços para diversidade e igualdade em Myanmar, proteção aos direitos de minorias étnicas e religiosas e, ultimamente, reconciliação e paz sustentável. Deliberar sobre direitos das minorias será essencial para Myanmar resolver os conflitos, construir a paz e consolidar a transição democrática. Medidas decisivas são necessárias para garantir a responsabilização e supervisão civil sobre os militares. Reformas legais e políticas são necessárias, incluindo o tema da cidadania. Reformas educacionais podem encorajar um novo sentido de identidade nacional e promover diversidade e tolerância. Processos de justiça transicionais podem ajudar a curar as profundas divisões.” (Tradução Nossa);

⁴¹ O Tribunal Penal Internacional já abriu investigações sobre os eventos dessa última década, mesmo que Myanmar não faça parte de sua jurisdição, pois considera que, sendo Bangladesh, maior receptor dos refugiados, signatário do Estatuto de Roma, o Tribunal teria jurisdição sobre o caso;

4.4 Índia

A situação dos Rohingya não é a única onde se observa uma clara relação entre o não reconhecimento da nacionalidade e os abusos aos Direitos Humanos. Porém, é relevante aqui porque se trata do caso mais recente e extremo dessa situação. Mais ainda, importa para revelar um outro caso que ocorre não muito longe.

Isto porque, além de envolver uma dinâmica regional semelhante, é possível observar uma analogia com o que ocorre, atualmente, na Índia. Um projeto engendrado por um grupo governante de homogeneização nacional colocando em risco a existência de uma comunidade religiosa minoritária. Não obstante, o caso indiano não só é mais complexo e sensível como também mais incipiente e menos reconhecido. Afinal, não se trata de uma direta privação legal e, como afirmado pela Anistia Internacional, um regime legal de apartheid que ocorre no Myanmar.

Sem embargo, o exemplo birmanês serve para alertar da capacidade destrutiva e de abuso que a minoria islâmica na Índia pode experimentar com o avanço do discurso oficial do governo nacionalista hindu e seus últimos avanços sobre o direito fundamental à nacionalidade.

Novamente, a história se inicia nos tempos coloniais. A Índia foi colonizada conjuntamente com Burma na grande colônia que se denominava Índia Britânica. A dinâmica regional, que acaba envolvendo todos países surgidos do desmantelamento do império colonial inglês no Sul Asiático, volta a colocar uma disputa religiosa em cena. Afinal, esse conglomerado de regiões administradas pelos ingleses envolvia uma grande diversidade religiosa com três grandes religiões (Budismo, Islamismo e Hinduísmo). A própria relação entre as ex-colônias foi muito determinada por essa dinâmica.

No caso indiano, esse contexto é ainda mais relevante. A região do subcontinente indiano fora dominado por diversos reinos que seguiam uma dessas religiões. Após a independência, o Paquistão, de maioria islâmica, e a

Índia, de maioria hindu, rivalizariam constantemente no plano internacional, a ponto de ter havido algumas guerras entre ambos países, incluindo a que deu origem a Bangladesh, outro país e maioria islâmica e ex-Paquistão Oriental.

Apesar desse cenário internacional, a Índia se destacou desde sua independência pelo projeto plurinacional, multicultural e secular a que se propôs. Gandhi, herói nacional, representava esse projeto e visionou uma Índia plural onde cabia todas essas religiões. Tanto é que sua absurda morte veio pelas mãos de um extremista hindu. O assassino fazia parte do grupo paramilitar de inspiração fascista RSS, que se opunha a esse plano representado por Gandhi e foi, várias vezes na história, banido. O grupo advoga por uma nação hindu e um Estado Étnico, sendo responsável por vários ataques e perpetuação de violência e discurso de ódio.

Mesmo assim, o projeto de Gandhi logrou êxito absoluto no primeiro momento da independência através da promulgação da Constituição em 1950. Consta nela todo aquele parâmetro contemporâneo de constitucionalismo e está revestida de princípios e direitos que dão luz a um Estado Democrático de Direito que tem a dignidade humana e a fraternidade como fim. Eis o preâmbulo dela:

WE, THE PEOPLE OF INDIA, having solemnly resolved to constitute India into a SOVEREIGN SOCIALIST SECULAR DEMOCRATIC REPUBLIC and to secure to all its citizens: JUSTICE, social, economic and political; LIBERTY of thought, expression, belief, faith and worship; EQUALITY of status and of opportunity; and to promote among them all FRATERNITY assuring the dignity of the individual and the unity and integrity of the Nation;⁴²

Seguindo essas diretrizes, a Índia veio a ser conhecida como a maior democracia do mundo. Nesta senda, a Constituição prevê também linhas para

⁴² “NÓS, O POVO DA ÍNDIA, tendo solenemente resolvido constituir a Índia como uma SOBERANA REPÚBLICA SECULAR DEMOCRÁTICA SOCIALISTA e de assegurar a todos seus cidadãos: JUSTIÇA, social, econômica e política; LIBERDADE de pensamento, expressão, crença, fé e culto; IGUALDADE de status e oportunidade; e promover entre todos eles FRATERNIDADE, assegurando a dignidade do indivíduo e a unidade e integridade da Nação” (Tradução Nossa);

a cidadania, sendo inclusive uma das primeiras disposições constitucionais.

Vejamos dois artigos da mesma:

5. Citizenship at the commencement of the Constitution.—At the commencement of this Constitution, every person who has his domicile in the territory of India and— (a) who was born in the territory of India; or (b) either of whose parents was born in the territory of India; or (c) who has been ordinarily resident in the territory of India for not less than five years immediately preceding such commencement, shall be a citizen of India.

10. Continuance of the rights of citizenship.—Every person who is or is deemed to be a citizen of India under any of the foregoing provisions of this Part shall, subject to the provisions of any law that may be made by Parliament, continue to be such citizen.⁴³

Portanto, vitorioso o projeto de Gandhi, todos aqueles que residiam no país no momento de sua independência e promulgação de sua Constituição seriam cidadãos da Índia e teriam acesso ao extenso rol de direitos fundamentais nela previstos, e assim deveria permanecer, sem distinção étnica ou religiosa.

Todavia, como antecipado, a Índia passa por contextos muito delicados que começam a envolver a questão daqueles que nela estão presentes. Posicionada entre países de religiões diferentes, com conflitos e problemas variando de desastres naturais a pobreza, a Índia recebeu, em diversos momentos, milhares de imigrantes. O ponto de maior tensão é a região fronteira com Bangladesh, país mais pobre, de maioria muçulmana, superpopuloso e que convive com desastres naturais tais como enchentes, furacões e tornados. A região é de intensa movimentação, que, como vimos, ocorre desde os tempos de colônia britânica.

Nesse sentido, com os anos a questão de imigração ilegal ganhou os holofotes. A lei que regula a concessão e de cidadania progressivamente se ateve ao jus sanguinis, concedendo àquele que nasceu no território do país

⁴³ “5. Cidadania quando da promulgação da Constituição. - Quando da promulgação desta Constituição, toda pessoa que têm domicílio no território da Índia e - (a) quem nasceu no território da Índia; ou (b) cujo um dos pais tenha nascido no território da Índia; ou (c) quem ordinariamente reside no território da Índia por não menos que cinco anos imediatamente anteriores à promulgação, será cidadão da Índia. 10. Continuidade dos direitos da cidadania. - Toda pessoa que é ou deve ser cidadão da Índia sob qualquer das previsões desta parte deve, sujeito a provisão de qualquer lei que possa ser feita pelo Parlamento, continuar a ser cidadão.” (Tradução Nossa);

desde que seus pais fossem indianos. Após a independência, manteve-se em vigor as previsões legais do Ato do Estrangeiro de 1946. Tal lei dispunha em dois artigos o seguinte:

8. Determination of nationality.—(1) When a foreigner is recognised as a national by the law of more than one foreign country or where for any reason it is uncertain what nationality if any is to be ascribed to a foreigner, that foreigner may be treated as the national of the country with which he appears to the prescribed authority to be most closely connected for the time being in interest or sympathy or if he is of uncertain nationality, of the country with which he was last so connected: Provided that where a foreigner acquired a nationality by birth, he shall, except where the Central Government so directs either generally or in a particular case, be deemed to retain that nationality unless he proves to the satisfaction of the said authority that he has subsequently acquired by naturalization or otherwise some other nationality and still recognized as entitled to protection by the Government of the country whose nationality he has so acquired. (2) A decision as to nationality given under sub-section (1) shall be final and shall not be called in question in any Court: Provided that the Central Government, either of its own motion or on an application by the foreigner concerned, may revise any such decision.

9. Burden of proof.—If in any case not falling under section 8 any question arises with reference to this Act or any order made or direction given thereunder, whether any person is or is not a foreigner or is or is not a foreigner of a particular class or description the onus of proving that such person is not a foreigner or is not a foreigner of such particular class or description, as the case may be, shall notwithstanding anything contained in the Indian Evidence Act, 1872 (1 of 1872), lie upon such person.⁴⁴

A partir da leitura dessas disposições, percebe-se que a garantia legal da cidadania é, em que pese o que dispõe a própria Constituição indiana, bem frágil. A decisão acerca da nacionalidade de alguém que não seja capaz de provar ou deixar clara não pode ser desafiada em um tribunal e o ônus de provar a própria nacionalidade é da pessoa cuja nacionalidade está sendo

⁴⁴ “8. Determinação da Nacionalidade. - (1) Quando um estrangeiro é reconhecido como nacional pela lei de mais de um país estrangeiro ou se, por alguma razão, é incerta qual nacionalidade, se alguma, é atribuída para o estrangeiro, este estrangeiro pode ser tratado como nacional do país que aparenta ser para a autoridade mais próxima no momento de interesse ou simpatia, ou se ele é de nacionalidade incerta, do país com o qual ele esteve conectado por último: Se o estrangeiro adquiriu uma nacionalidade por nascimento, ele deve, exceto quando o Governo Central determinar em casos gerais ou particulares, ter considerado mantida aquela nacionalidade a não ser que prove para a autoridade que adquiriu por naturalização ou outro modo alguma outra nacionalidade e ainda é reconhecido nesta e garantido a proteção do respectivo Governo. (2) A decisão sobre a nacionalidade neste artigo deve ser final e não deverá ser questionada em corte: O Governo Central, seja por vontade própria ou por requerimento do estrangeiro, pode revisar a decisão. 9. Ônus da Prova. - Se em qualquer caso não abordado no artigo anterior levantar uma dúvida em referência a esse Ato ou qualquer ordem ou direção dada sobre ele, se uma pessoa é ou não estrangeira ou é ou não estrangeira de uma classe ou descrição particular, o ônus de provar que essa pessoa não é uma estrangeira ou não é estrangeira de uma classe ou descrição particular, de acordo com o caso, a despeito de qualquer conteúdo do Ato de Evidência Indiano de 1872, incumbe a respectiva pessoa.” (Tradução Nossa);

posta em dúvida. A lei antecede a própria Constituição, motivo pelo qual aparenta tanta dissonância com a mesma.

Em 1983, a então Primeira Ministra da Índia, Indira Gandhi, que seria assassinada no ano seguinte, passou uma lei (o Ato de Imigrantes Ilegais) que alterou esse processo na região de Assam, Estado indiano fronteiro ao Bangladesh. Justamente sob o fundamento de que a lei de 1946 permitia o acossamento de minorias, a nova lei teve como principal medida a inversão do ônus da prova. Também previu um tribunal específico para esse tipo de processo.

Contudo, a situação começa a se inverter no século XXI. No começo do mesmo, a Índia se encontrava governada pelo Partido do Povo Indiano (BJP), de viés nacionalista hindu. Em 2004, entrou em vigor um projeto de lei que alterou o Ato da Cidadania de 1955. Essa alteração visou principalmente a questão de imigração ilegal, montando um cerco legal para esses.

Além de trazer a definição da condição de imigrante ilegal, a alteração vedou o registro como cidadão⁴⁵ de imigrantes ilegais ou sua naturalização. Ademais, afastou a possibilidade de concessão de cidadania por sangue se um dos pais fosse imigrante ilegal. A punição passou a ser prevista como prisão ou deportação. Por fim, a lei previu o Registro Nacional de Cidadãos (NRC) e a emissão de identidade para todos cidadãos registrados.

Esse registro, feito com auxílio do Registro Populacional Nacional (NPR) e de uma autoridade estabelecida para esse fim (NRA), tem como objetivo identificar justamente os imigrantes ilegais, separando-os para prisão e eventual deportação. Ele foi regulado pelo The Citizenship Rules de 2003, que prevê a coleta de diversos dados de todas pessoas residentes na Índia. Determina, ainda, que a autoridade responsável por esses registros

⁴⁵ O registro como cidadão é um modo de aquisição da cidadania previsto no art. 5 da lei de 1955, concedendo a nacionalidade a pessoas de origem indiana que residem na Índia por determinado tempo;

serão encarregados de decidir se uma pessoa sobre a qual paira dúvidas sobre a cidadania será registrada ou não como cidadã, em decisão final⁴⁶.

Para agravar a discricionariedade do processo, em 2005, a Suprema Corte Indiana derrubou aquela provisão de 1983. Sendo assim, voltou a vigorar em todo território indiano o Ato do Estrangeiro de 1946, que afirma ser final toda decisão das autoridades sobre a condição de cidadão das pessoas e inquestionável na justiça, além de prever o ônus da própria pessoa sobre a qual haja dúvida.

Portanto, engatilhou-se um processo que garante absoluta discricionariedade da administração pública sobre a nacionalidade das pessoas, afastando, inclusive, a garantia de prestação jurisdicional.

As consequências disto viriam um pouco mais de dez anos depois, pois, em 2014, o partido nacionalista hindu retorna ao poder com uma esmagadora vitória. Seu candidato, atual Primeiro Ministro da Índia, Narendra Modi, tem origem naquele grupo paramilitar ultranacionalista RSS, responsável pelo assassinato de Mahatma Gandhi. Portanto, chega ao poder com um projeto de nacionalismo hindu e se utiliza de estratégias típicas dos novos movimentos de nacional-populismo, visto em outros países como Hungria, Polônia, Turquia, Rússia e, mais recentemente, o Brasil.

It was, in fact, a case of national populism. Not only did Modi finally manage to seduce a substantial number of lower-caste citizens, most of them from the neo-middle class aspiring to the better days (*achhe din*) that Modi — a self-made man from a poor background—had promised them, but he was able to broaden the party's social base by polarizing the electorate along an ethnoreligious dividing line: inheriting the legacy of the 2002 pogrom, which had transformed him into a Hindu Hriday Samrat (Emperor of Hindu Hearts), Modi projected himself as the protector of the Hindus vis-à-vis the Muslim Other and Pakistan. Both facets of this national populism found expression in a highly personalized political style, with Modi relating directly to the voters via all possible channels of communication (from social media to holograms) to saturate the public space. (...) Under Modi, the government moved India toward a new form of democracy, an ethnic democracy as defined by Sammy Smooha, or majoritarianism. In this new political system, the majoritarian community is assumed to be one and the same as the nation, thereby relegating minorities to second-class citizens.⁴⁷ (JAFFRELOT, 2021, p. 446)

⁴⁶ Como exposto no art. 4, (4) e (5) (a);

⁴⁷ “Era, de fato, um caso de nacional-populismo. Não só Modi finalmente conseguiu seduzir um substancial número de cidadãos de casta baixa, cuja maioria vem da nova classe média aspirando

Essas estratégias encontraram terreno fértil na situação vivida pela Índia, onde inclusive houve atentados terroristas e constante tensão étnica. O discurso divisivo, a utilização de estigmatização, o majoritarianismo e a projeção de uma nação hindu contribuíram para a marginalização de minorias religiosas, principalmente muçulmanas.

While Muslims had always been underrepresented in the police, the army, the judiciary, and the bureaucracy, they were also, after 2014, practically obliterated from elected assemblies and governments. Ultimately, in the de facto ethnic democracy that India became in 2014, some of them feel like foreigners in their own country.⁴⁸ (JAFFRELOT, 2021, p. 455)

Não só se sentem, mas os instrumentos estavam postos para que verdadeiramente se tornassem estrangeiros em seu próprio país. Nos primeiros anos desse governo, aumentaram as ocorrências de violência, com grupos de vigilantes hindus, e houve um gradual aparelhamento do Estado. Tudo isto através de narrativas falsas legitimadas pelo governo, constantemente desumanizando e colocando os muçulmanos como inimigos internos. Uma dessas narrativas, por exemplo, é a do “Love Jihad”, onde se afirmava que havia um plano de converter as mulheres hindus ao islamismo através de casamentos e enganações (GUPTA, 2016).

The combination of anti-conversion rhetoric and that associated with ghar vāpasī, appearing at the end of 2014 and the beginning of 2015, has powerfully invoked metaphors of exile and home. Ghar vāpasī has been touted as the return to authentic origins, the starting point, the abode of birth. It produces and enforces notions of a

por melhores dias que Modi - um homem ‘autorrealizado’ de origens humildes - lhes havia prometido, mas ele foi capaz, também, de aumentar a base social do partido ao polarizar o eleitorado entre uma linha divisória étnico-religiosa: herdando o legado da perseguição de 2002, que o transformou no Imperador dos Corações Hindus, Modi se projetou como protetor dos Hindus frente aos ‘outros’ Muçulmanos e Paquistão. Ambas faces do seu nacional-populismo encontraram expressão em um estilo político muito personalizado, com Modi se relacionando diretamente com os votantes através todos canais de comunicação possíveis (de mídia social a hologramas) para saturar o espaço público. Sob Modi, o governo levou a Índia para uma nova forma de democracia, uma democracia étnica como definido por Sammy Smooha, ou majoritarianismo. Nesse novo sistema político, a comunidade majoritária é considerada uma coisa só junto com a Nação, consequentemente relegando as minorias a cidadãos de segunda classe.” (Tradução Nossa);

⁴⁸ “Enquanto muçulmanos sempre foram subrepresentados na política, no exército, no judiciário e na burocracia, eles também, após 2014, foram praticamente obliterados de assembleias eleitas e governos. Finalmente, na democracia étnica de facto que a Índia se tornou em 2014, alguns deles se sentem como estrangeiros no próprio país.” (Tradução Nossa);

primordial religious identity, whereby all and everyone are declared Hindus.⁴⁹ (GUPTA, 2016, p. 302)

A situação, porém, piora após uma segunda eleição em 2019, quando o mesmo partido amplia sua margem no Parlamento e nos Estados. O que antes fazia parte do discurso oficial começou a ser efetivado por leis.

Until 2019, few laws having an adverse impact on Muslims had been passed. In addition to those related to cow protection described in chapter 5, the only important piece of legislation that can be mentioned here is the Enemy Property Amendment Act (2017), through which Muslim citizens of India who had inherited property from an ancestor who had migrated to Pakistan or who had purchased property from a person who had migrated to Pakistan lost any legal claim to it. After 2019, many more pieces of legislation were initiated by the central government and BJP state governments. Apart from the amendment to article 370, the Muslim Women (Protection of Rights on Marriage) Act and the Citizenship (Amendment) Act, which were all passed by parliament, the Uttar Pradesh Prohibition of Unlawful Conversion of Religion Ordinance (2020) was particularly important. This ordinance, promulgated on November 27, 2020, prohibits any conversion for marriage, except when prior sanction was obtained from the state.⁵⁰ (JAFFRELOT, 2021, p. 441)

Leis como as que colocam em risco a propriedade de minorias e restringe o casamento inter-religioso deixam a minoria muçulmana sob cerco e em uma posição de insegurança, marginalizada e de vulnerabilidade. Imediatamente, um alerta acende relembrando-nos dos movimentos que precederam outros casos de limpeza étnica. Além dessas, também pode ser citada a lei aprovada no final de 2020 no Estado de Assam, governado pelo partido de Modi e, como vimos, no centro das tensões étnicas, que fechou mais de 700 escolas muçulmanas (INDIAN, 2020).

⁴⁹ “A combinação da retórica anti-conversão e aquela associada com ‘ghar vapasi’, surgindo no final de 2014 e começo de 2015, invocou poderosas metáforas sobre exílio e lar. ‘Ghar Vapasi’ é considerado o retorno a origens autênticas, o ponto inicial, o local de nascimento. Ela produz e força noções de uma identidade religiosa primordial, onde tudo e todos são declarados Hindus.” (Tradução Nossa);

⁵⁰ “Até 2019, poucas leis com impacto adverso sobre muçulmanos haviam sido passadas. Além daquelas relacionadas com a proteção da vaca descrita no capítulo 5, a única legislação importante de ser mencionada aqui é o Ato Emenda da Propriedade Inimiga (2017), através da qual cidadãos indianos muçulmanos que tivessem herdado propriedade de um ancestral o qual houvesse imigrado para o Paquistão ou houvesse comprado a propriedade de uma pessoa que imigrara ao Paquistão perdem qualquer título legal sobre ela. Após 2019, muitas novas leis foram propostas pelo Governo Central e pelos governos estaduais do BJP. Para além da emenda ao artigo 370, o Ato da Mulher Muçulmana (Proteção dos Direitos de Casamento) e a Emenda ao Ato da Cidadania, que foram passados pelo parlamento, a Proibição de Conversão Religiosa Ilegal de Uttar Pradesh em 2020 foi particularmente importante. Esta lei, promulgada em 27 de Novembro de 2020, proíbe qualquer conversão por casamento, a não ser que tenha sanção estatal.” (Tradução Nossa);

A nova emenda feita ao Ato da Cidadania de 1955, por sua vez, reforça o viés do governo. Ela abre a possibilidade de imigrantes ilegais de diversos grupos religiosos regularizarem sua condição e abre caminho para a aquisição da nacionalidade. Porém, não consta dentre elas a religião do Islã. Sendo assim, o governo, que já anunciou sua pretensão de fazer o registro nacional, e com isso o registro populacional de todo país, deixa de fora justamente a minoria muçulmana de adquirir a cidadania.

A onda de protesto que seguiu a aprovação dessa lei encontrou forte repressão do governo crescentemente autoritário, que resultou em dezenas de mortes, milhares de prisões e medidas que iam até a uma censura da internet. Além disso, a violência cada vez mais recorrente contra a minoria muçulmana no país se tornou mais explícita. Recentemente, para asseverar esse caráter autocrático e a ânsia de fazer uma limpeza étnica, o mesmo governo fechou o cerco e retirou a autonomia especial da região da Caxemira, também de maioria muçulmana e objeto de disputa com o Paquistão (FAREED, 2021).

Adicionalmente, a Índia, assim como outros países da região, não é signatária da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 nem de seu Protocolo de 1967. Tampouco há legislação acerca de refugiados na Índia (AHMAD, 2017 e SRIVASTAVA, 2020), sendo considerados na mesma categoria de imigrantes ilegais. Portanto, aquelas pessoas extirpadas de sua nacionalidade tornam-se imigrantes ilegais e são detidas em prisões em péssimas condições, muitas delas construídas recentemente para esse fim.

A destrutiva mistura dos aparatos legais ficou evidente no Estado de Assam, único lugar, até agora, que passou pelo processo de registro populacional e criação do cadastro NRC. Durante a feitura do cadastro, aqueles que ficam de fora por alguma dúvida levantada pelas autoridades sobre a autenticidade de sua condição, seja por possuir antepassados imigrantes ou até por causa de meros erros formais, deve provar sua cidadania, caso contrário torna-se imigrante ilegal sujeito a detenção.

No caso, a pessoa deixada de fora deve recorrer ao “Foreigner’s Tribunal”, ou Tribunal dos Estrangeiros, que, segundo a respectiva lei, é formado por pessoas indicadas pelo Governo⁵¹ para fins do Ato dos Estrangeiros de 1946. Ou seja, não se trata de um órgão judiciário, mas de um órgão do executivo. Este órgão, como há em Assam, tem competência para dar a palavra final sobre o status da pessoa, seja como cidadã indiana ou como estrangeira e ilegal. Onde não há a existência desses tribunais, o procedimento ainda é aquele do Ato dos Estrangeiros de 1946. Portanto, do início ao fim, o processo de definição da cidadania é encarregado pelo próprio governo.

While an exercise that aims to vet each one of Assam’s 30 million citizens is draconian enough, the real devil lies in the detail. The burden of proof under the NRC is so stringent, partisan and arbitrary that the entire exercise seems geared to exclude people rather than any genuine effort to create a roster of Indian citizens. To qualify for the NRC, applicants have to prove that either they or their ancestors lived in Assam before the start of the 1971 Bangladesh liberation war. The cut-off date is in itself a tool of exclusion since atrocities by the Pakistan army had forced millions of refugees to flee to India even as Bangladesh fought to secede. The NRC’s weaponization of red tape has resulted in a state-wide hunt for documents. People have scrambled to locate family land records, the name of a grandparent in historical electoral rolls or even family entries in the original NRC, created in 1951. If having to locate family documents from seven decades back to prove that you are a citizen of the country you were born in isn’t Kafkaesque enough, there is also the fact of Assam’s poverty: more than one in four people in the state are completely illiterate. But even if a person cannot read documents, they have to submit them if they want to avoid being stripped of their citizenship.⁵² (DANIYAL, 2019)

⁵¹ Art. 2, (2), do “Foreigners (Tribunal) Order” de 1964: “2. Constituição dos Tribunais: - (2) O Tribunal deve consistir do número de pessoas com experiência judicial que o Governo Central acredite ser necessário apontar” (Tradução Nossa) ;

⁵² “Enquanto uma tratativa que mira analisar cada um dos 30 milhões de cidadãos de Assam é suficientemente dracônico, o demônio real espreita nos detalhes. O ônus da prova no NRC é tão rigoroso, partidário e arbitrário que toda essa tratativa aparenta ser instrumentalizada para excluir pessoas ao invés de um esforço genuíno de criar uma lista de cidadãos indianos. Para qualificar dentro do NRC, os requerentes devem provar que eles ou seus ancestrais viviam em Assam antes do começo da Guerra de Liberação de Bangladesh de 1971. A data limite é, ela mesma, um instrumento de exclusão, já que as atrocidades cometidas pelo exército paquistanês forçou milhões de refugiados a fugir para Índia mesmo enquanto Bangladesh lutava para se tornar independente. A utilização da burocracia pelo NRC resultou em uma busca por todo Estado por documentos. Pessoas se viraram para encontrar registros de propriedades familiares, o nome de um ancestral em listas eleitorais ou até no registro original, em 1951. Se localizar documentos familiares de sete décadas atrás já não fosse kafkaniano o suficiente, ainda há o fato da pobreza em Assam: mais de um quarto das pessoas no Estado são completamente analfabetas. Porém, mesmo não sendo capaz de ler os documentos, eles devem submetê-los para as autoridades a fim de evitar de ser extirpado de sua cidadania.” (Tradução Nossa);

O resultado do registro em Assam foi de cerca de 2 milhões de pessoas fora do cadastro de cidadãos, ou seja, foram qualificadas como duvidosas ou estrangeiras pelas autoridades locais. Aqueles que se enquadram em uma das religiões elencadas na mais recente emenda da lei têm a possibilidade de readquirir sua cidadania apesar da condição de ilegalidade. Os muçulmanos, porém, não têm alternativa.

Inclusive, segundo denúncias de pessoas que foram juízes nesses tribunais no Estado de Assam, há pressão do governo para declarar pessoas estrangeiras, e o governo os demite com base em “resultados não satisfatórios” (SINGH et al., 2020).

Enfim, forma-se, assim, um ciclo sórdido onde o cidadão muçulmano, podendo pertencer até a uma etnia que vive há séculos no território indiano, fica de fora do registro de cidadãos por um erro formal no seu nome e, apelando a um tribunal vinculado ao mesmo governo que o deixou de fora da lista, perde sua cidadania, sendo levado à prisão como imigrante ilegal. De um dia para o outro, um nacional torna-se imigrante ilegal, perdendo quase todos direitos, até os mais fundamentais, ao amanhecer. O processo que ocorreu em Assam pode se alastrar para o resto do país, cumprindo o objetivo do BJP de criar uma nação hindu, de pureza religiosa.

A história do que se passa na Índia é ainda mais tenebrosa, tendo em vista que, como vimos, se trata da maior democracia do mundo, tendo seus alicerces, supostamente, sobre um Estado Democrático de Direito. Até o momento, nenhuma instituição indiana foi capaz de frear os avanços sobre os direitos fundamentais, principalmente o direito fundamental à nacionalidade, das minorias. Pelo contrário, a Suprema Corte Indiana, além de ter derrubado a lei que buscava reduzir a arbitrariedade sobre esse processo em Assam, determinou, também, que fosse feito o NRC em Assam.

Demonstra, também, que nenhum direito fundamental pode ser tomado como certo, sendo sua conquista e manutenção resultado de constante luta. Ainda que esteja previsto enquanto direito fundamental, populações inteiras vivem sob a ameaça de serem privadas de sua nacionalidade

arbitrariamente, podendo amanhecer em um campo de detenção para imigrantes ilegais, mesmo que indianas, somente por causa de sua fé ou etnia.

O que começou como discurso de nacionalismo hindu e projeto de democracia étnica, completamente contrário a qualquer parâmetro de pluralismo e dignidade humana em um Estado Democrático de Direito, terminou, por causa de brechas legais, na violação do direito fundamental à liberdade e proibição de sua privação arbitrária.

5. Conclusão

Embora o próprio relato dos eventos ocorridos em Myanmar e que se passam na Índia sejam autossuficientes para demonstrar o papel central desempenhado pela nacionalidade nos Direitos Humanos, sendo uma conclusão em si mesmo, mostra-se oportuno dissertar acerca de algumas conclusões.

Ao longo do trabalho, tocamos superficialmente inúmeros temas que tangenciam e têm a capacidade de revelar sob diversos aspectos a dinâmica que envolve a nacionalidade na sociedade e o porquê da sua garantia representar um papel fundamental diante de políticas de perseguição e da própria garantia dos Direitos Humanos.

Primeiro, debruçamo-nos sobre a teoria do Estado. Não poderia ser diferente, evocar que uma pessoa é um nacional pressupõe a relação dela com um Estado. Portanto, coube compreender o que é o Estado, quem ou o quê reconhece uma pessoa como nacional e qual a natureza e conteúdo dessa relação estabelecida entre a pessoa e o Estado.

Observamos que o nacional faz parte do povo de um Estado, seu elemento subjetivo, sendo uma população que, a partir de um momento jurídico, vincula-se ao poder soberano. No percorrer da história, esse vínculo teve vários sentidos e substâncias. Hodiernamente, no Estado Democrático de Direito, esse vínculo está imerso, assim como os próprios elementos do Estado, nos princípios da democracia e de igualdade.

Então, no fim do capítulo, ao perceber que o vínculo de nacionalidade estava inserido na dinâmica dos direitos fundamentais, foi necessário estabelecer sua posição dentro dos Direitos Humanos. Afirmar que é um direito fundamental, pois, exige a compreensão do que seria um direito fundamental, do motivo pelo qual se torna um e da associação que ele desenvolve com o indivíduo.

Valemo-nos, a todo instante, de outras fontes e matérias de conhecimento. Isto porque o reconhecimento de uma pessoa enquanto nacional acarreta em muitas consequências e advém de muitas causas, algumas sociais, mas que não devem ser alheias à compreensão jurídica.

Destarte, percebemos que, conquanto o regime internacional de Direitos Humanos tenha se desenvolvido, a efetivação dos direitos fundamentais depende do poder do Estado. O meio pelo qual isso ocorre é, justamente, pelo Estado Democrático, que melhor compatibiliza esse novo parâmetro de legitimação do próprio Estado. Porém, muitos obstáculos, inclusive de características históricas do próprio Estado Moderno, ainda causam tensão em relação à efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Para finalizar o caminho teórico do trabalho, percorremos o direito à nacionalidade em si, como esse é compreendido e está previsto atualmente no campo dos direitos fundamentais.

Entrando no campo prático e empírico, após breve resumo, relatamos casos do século passado onde houve violações ao direito à nacionalidade. O Holocausto foi o principal deles. Aquelas tensões percorridas com auxílio da sociologia se mostraram quando um grupo ultranacionalista assume o poder, esse que tem a capacidade de determinar os membros da própria comunidade e de tornar oficial discursos, ou como define Bourdieu, princípios de visão e divisão do mundo.

O ponto mais dramático da marginalização dos judeus foi justamente quando se atentou contra seu direito à nacionalidade. Com base no discurso de pureza do “sangue alemão”, privou-os da nacionalidade, ou seja, daquele vínculo jurídico que os colocava em igualdade com os demais alemães, e rebaixou-os a súditos do país. A partir daí, abriu-se o espaço que ensejou um brutal extermínio de milhões de seres humanos.

A privação da nacionalidade não só retirou as garantias jurídicas daquele povo, mas oficializou o discurso que transformava aqueles membros do povo alemão em estrangeiros inimigos, transformando o povo alemão em

uma categoria étnica. As consequências disso, como vimos, são infinitas. Johan Galtung, pensador norueguês que trabalhou sobre a paz, afirma que a privação de uma única necessidade humana já constitui uma violência.

Finalmente, chegamos nos casos mais recentes, onde minorias islâmicas em países do sul asiático, ambos ex-colônias inglesas, sofrem perseguições e a privação de sua nacionalidade coloca-os em um caminho tenebroso em direção a uma limpeza étnica.

No Myanmar, onde o caso é mais explícito, a minoria muçulmana dos Rohingya é destituída expressamente (ou, no caso, não expressamente por não constarem na lei que garante nominalmente a nacionalidade a grupos étnicos) da nacionalidade birmanesa. Isso, mais uma vez, com base em narrativas falaciosas que buscam marginalizar um grupo em busca de uma homogeneização da população do país.

O resultado de um caso tão manifesto não poderia ser outro. Na última década, sem garantia nenhuma em decorrência da sua condição de apátrida dentro do próprio país, essa minoria étnica sofreu com ataques militares sistemáticos, além de violência de outros grupos étnicos e de um regime jurídico discriminatório, onde se suprime diversos direitos fundamentais, ao ponto de ser alcunhado por alguns de “apartheid”.

Tudo ocorrido até então nos leva ao caso indiano. Neste, o conflito e a tensão é mais latente, embora não menos grave. O discurso, que se assemelha aos de outrora, já existe e já ocupa posições de poder no Estado indiano. Agora, nos últimos anos, uma série de regramentos legais têm permitido a esse governo avançar sobre as minorias muçulmanas em seu país e buscar afirmar uma nação hindu.

Ainda que tenham direito à nacionalidade indiana, muitos estão sendo arbitrariamente subtraídos desse direito e correm o risco de dormirem como cidadãos indianos, com todos direitos e consequências disto decorrentes, e acordarem na prisão como imigrantes ilegais. Perdem seu status de igualdade, perdem sua liberdade e todos os outros direitos fundamentais titulares de toda pessoa humana por consequência da privação arbitrária de sua nacionalidade.

Se as elucubrações teóricas não foram suficientes para afirmar a fundamentalidade do direito à nacionalidade, o ocaso da condição humana de pessoas privadas da nacionalidade evidencia isto. Mesmo que toda pessoa humana seja, teoricamente, titular de todo rol de Direitos Humanos, a ausência de um vínculo com um Estado a deixa em um degrau abaixo em relação às demais.

Os casos passados e recentes servem de aviso para o que ocorre e pode vir a acontecer na Índia e em outros lugares no planeta. Vale mencionar que a situação é agravada por questões regionais. A Ásia ainda carece de um sistema regional de Direitos Humanos como existente em outros continentes. Ademais, como supracitado, a maioria dos países do sul asiático não são signatários de uma série de acordos que poderiam, ao menos, garantir um respeito mínimo a apátridas, refugiados e imigrantes.

Jason Stanley, em seu recente trabalho acerca do fascismo, desenvolve a estratégia e o apelo a certos aspectos psíquicos da sociedade para lograr êxito político e vencer a disputa pelo poder. Dentro desses apelos está justamente a delimitação de um grupo, geralmente minoria, como inimigo, culpado por diversos problemas sociais. Porém, a construção do direito fundamental à nacionalidade e a vedação à sua privação arbitrária representa um obstáculo a essas ânsias e estratégias.

Primeiro, porque representa uma obstrução à própria construção retórica. Ora, se o reconhecimento como nacional evoca diversas simbologias intrínsecas ao historicismo do fenômeno, diz-se que o reconhecimento daquela minoria como concidadão torna-os iguais, semelhantes ou irmãos.

Em seguida, a concessão de nacionalidade embarga, evidentemente, qualquer projeto ou política de segregação ou limpeza étnica. A condição de cidadão estende ao indivíduo uma série de instrumentos jurídicos, principalmente por meio do poder judiciário, para buscar a proteção dos direitos decorrentes de seu status.

Todavia, o problema se revela também em outras facetas. Além de deixar o grupo mais vulnerável a políticas arbitrárias direcionadas, a privação

de nacionalidade restringe os instrumentos de proteção internos e dificulta a busca de auxílio inclusive no exterior através de asilo, refúgio ou migração. No caso do Holocausto, por exemplo, muitos judeus não lograram encontrar refúgio em países estrangeiros, sendo barrados.

No caso dos Rohingya, mesmo refugiados aos montes em países vizinhos, ainda são impossibilitados de ter acesso a diversos direitos, sobrevivendo em situações de miserabilidade por consequência da apatridia.

Os problemas também ocorrem tanto de forma direta, com a restrição de instrumentos jurídicos e direitos fundamentais, como de forma indireta, com o distanciamento do indivíduo de conexões sociais, sua invisibilização, seu acultramento, redução de suas condições materiais e imateriais, assim como muitas outras consequências possíveis.

Por outro lado, é oportuno citar como a nacionalidade entra no escopo da reparação histórica de alguns países. Atualmente, Portugal e Espanha adotaram, recentemente, leis que previam a concessão de cidadania a descendentes de sefarditas, judeus provenientes da península ibérica que foram expulsos da região ao longo dos séculos, principalmente durante o período de inquisição nos reinos católicos.

Outro ponto que merece ser mencionado é a próprio ordenamento interno desses países. O Brasil, por exemplo, constitucionalizou a questão da nacionalidade e tem uma legislação avançada acerca de imigrantes e estrangeiros, inclusive estendendo a eles grande parte dos direitos concedidos aos nacionais, e faz parte, sobretudo, do sistema interamericano de Direitos Humanos. Não obstante, importantes trabalhos recentes têm demonstrado que essas democracias estabelecidas podem estar vulneráveis a tentações autoritárias.

6. Bibliografia

ADJAMI, M.; HARRINGTON, J. The Scope And Content of Article 15 of the Universal Declaration of Human Rights. *Refugee Survey Quarterly*, v. 27, n. 3, p. 93–109, 2008.

AHMAD, F. *The Young Turks and the Ottoman Nationalities: Armenians, Greeks, Albanians, Jews, and Arabs, 1908-1918*. Salt Lake City: The University of Utah Press, 2014.

AHMAD, N. The Status of Refugees in India. *Fair Observer*. 2017. Disponível em: <https://www.fairobserver.com/region/central_south_asia/refugees-rights-india-south-asian-world-news-headlines-97021/>. Acesso em: 12 nov. 2021.

ALL you need to know about Foreigners' Tribunals. *India Legal Live*. 2019. Disponível em: <<https://www.indialegalive.com/is-that-legal-news/all-you-need-to-know-about-foreigners-tribunals/>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

ANDERSON, B. *Comunidades Imaginadas: Reflexões sobre a Origem e a Difusão do Nacionalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

AQUINO, T. DE. *Suma Teológica*. [s.d]. Disponível em: <<https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2021.

ARENDT, H. *Origens do Totalitarismo*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BACHELET, M. High Commissioner Report on Rohingya and Other Minorities in Myanmar. ACNUDH. 2020. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=25623&LangID=E>>. Acesso em: 8 nov. 2021.

BOBBIO, N. *Estado, Governo, Sociedade*. 20ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

BONAVIDES, P. *Teoria Geral do Estado*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BOURDIEU, P. O campo político. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 5, p. 193–216, jul. 2011.

BRIGGS, B. 100 Days of Horror and Misery for the Rohingya Refugee Children. Their World. 2017. Disponível em: <<https://theirworld.org/news/100-days-crisis-rohingya-refugee-children-education#:~:text=The%20illiteracy%20rate%20among%20the,a%20national%20by%20any%20country>>. Acesso em: 7 nov. 2021.

BURMA: Four “Race and Religion Protection Laws” Adopted. The Library of Congress. 2015. Disponível em: <<https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2015-09-14/burma-four-race-and-religion-protection-laws-adopted/>>. Acesso em: 8 nov. 2021.

BURMA/Bangladesh / Burmese Refugees in Bangladesh: Still no Solution Durable. Human Rights Watch. 2000. Disponível em: <<https://www.hrw.org/reports/2000/burma/index.htm>>. Acesso em: 7 nov. 2021.

CHAUDHRY, S. India’s New Law may leave millions of Muslims without Citizenship. Disponível em: <<https://www.washingtonpost.com/politics/2019/12/13/indias-new-law-may-leave-millions-muslims-without-citizenship/>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

Citizenship Act 1955. India Citizenship Online, , [s.d.]. Disponível em: <https://indiancitizenshiponline.nic.in/UserGuide/Citizenship_Act_1955_16042019.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2021

CITIZENSHIP Amendment Act: Court refuses to put controversial law on hold. BBC. 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/world-asia-india-51203104>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

COMPARATO, F. Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONSTITUTION of India. Government of India Ministry of Law and Justice Legislative Department. 2020. Disponível em: <https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI_1.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2021

DALEY, B. The history of the persecution of Myanmar’s Rohingya. The Conversation. 2017. Disponível em: <<https://theconversation.com/the-history-of-the-persecution-of-myanmars-rohingya-84040>>. Acesso em: 7 nov. 2021.

DALLARI, D. Direitos Humanos e Cidadania. 2ª ed. São Paulo: Moderna, 2004.

DALLARI, D. Elementos de Teoria Geral do Estado. 33^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DANIYAL, S. Red Tape is being weaponised in India to declare Millions Stateless. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/aug/15/india-millions-stateless-assam-red-tape-illegal-immigrants>>. Acesso em: 11 nov. 2021a.

DANIYAL, S. Red tape is being weaponised in India to declare millions stateless. The Guardian, 15 ago. 2019b.

DEGOOYER, S. et al. The Right to Have Rights. [s.l.] Verso, 2018.

DURKHEIM, É. Da Divisão do Trabalho Social. 4^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FAREED, R. UN experts: Loss of Kashmir Autonomy undermining Minority Rights. Al Jazeera. 2021. Disponível em: <<https://www.aljazeera.com/news/2021/2/19/laws-change-in-kashmir-carry-potential-to-alter-demographics-un>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

FOREIGNERS' Tribunals: Why were they established and how do they operate?. Citizens for Justice and Peace. 2021. Disponível em: <<https://cjp.org.in/all-you-ever-wanted-to-know-about-foreigners-tribunals/>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

GUPTA, C. Allegories of “Love Jihad” and Ghar Vāpasī: Interlocking the Socio-Religious with the Political. Archiv Orientalní, v. 84, p. 291–316, 2016.

HABIB, M. et al. Forced Migration of Rohingya: The Untold Experience. [s.l.] Ontario International Development Agency, 2018.

HOBBS, T. Diálogo entre um Filósofo e um Jurista. 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HOBBS, T. Leviatã / ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. 1ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.

INDIAN State Ruled by Modi's Party Bans Islamic Schools. The New York Times. 2020. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2020/12/30/world/asia/india-ban-islamic-schools.html>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

JAFFRELOT, C. Modi's India: Hindu Nationalism and the Rise of Ethnic Democracy. Princeton: Princeton University Press, 2021.

JELLINEK, G. Teoría General del Estado. 1ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

LE GOFF, J. A Idade Média e o Dinheiro: Ensaio de Antropologia Histórica. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

LEI Fundamental da República Federal da Alemanha. Deutscher Bundestag. 2020. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2021.

MANUAL de Proteção aos Apátridas . ACNUR. 2014. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Manual_de_prote%C3%A7%C3%A3o_aos_ap%C3%A1tridas.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2021

MARCUS, J. Structure familiale et comportements politiques: L'Autorité dans la famille et dans l'État. *Revue Française de Psychanalyse*, v. 13, n. 2, p. 277–313, 1949.

MARSHALL, T. *Citizenship and Social Class*. Cambridge: The Cambridge University Press, 1950.

MAZZUOLI, V. O Sistema Regional Europeu de Proteção dos Direitos Humanos. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, v. 1, p. 32–58, 2010.

MAZZUOLI, V. *Curso de Direito Internacional Público*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MYANMAR Rohingya: What You Need to Know About the Crisis. BBC. 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/world-asia-41566561>>. Acesso em: 7 nov. 2021.

MYANMAR's apartheid against the Rohingya. Amnesty International UK. 2017. Disponível em: <<https://www.amnesty.org.uk/myanmar-apartheid-against-rohingya>>. Acesso em: 7 nov. 2021.

NUNGSARI, M.; FLANDERS, S.; CHUAH, H.-Y. Poverty and precarious employment: the case of Rohingya refugee construction workers in Peninsular Malaysia. *Humanities and Social Sciences Communications*, v. 7, 2020.

PIKETTY, T. *O Capital no Século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

ROHINGYA. Human Rights Watch. [s.d]. Disponível em: <<https://www.hrw.org/tag/rohingya>>. Acesso em: 8 nov. 2021.

ROHINGYA Crisis: Bangladesh will no Longer take in Myanmar Refugees. BBC. 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/world-asia-47412704>>. Acesso em: 8 nov. 2021.

SANTOS, B. Reconhecer para Libertar: Os Caminhos do Cosmopolitanismo Multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SHAW, M. International Law. 6^a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SILVA, J. A. DA. Curso de Direito Constitucional Positivo. 41^a ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

SINGH, K. et al. Modi Denies India Is Targeting Muslims. We Found a Different Reality. The New York Times. 2020. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/video/world/asia/100000006963057/modi-muslims-india-citizenship-test.html>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

SRIVASTAVA, M. The complacency of constitutional courts: India's Supreme Court and the Citizenship Amendment Act. Voelkerrechtsblog. 2020. Disponível em: <<https://voelkerrechtsblog.org/de/the-complacency-of-constitutional-courts-indias-supreme-court-and-the-citizenship-amendment-act>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

THE Citizenship (Registration of Citizens and Issue of National Identity Cards) Rules, 2003. Rural India Online. 2003. Disponível em: <<https://ruralindiaonline.org/en/library/resource/the-citizenship-rules-2003/>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

VISHWANATH, A.; SHERIFF, K. Explained: What NRC+CAA Means to You. Disponível em: <<https://indianexpress.com/article/explained/explained-citizenship-amendment-act-nrc-cao-means-6180033/>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

WEBER, M. Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva. 4ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. v. 2

WEBER, M. Ciência e Política: Duas Vocações. São Paulo: Martin Claret, 2015.

O (A) autor (a) deste trabalho declara para todos os fins de Direito ser este um trabalho inédito e autoriza o Departamento de Direito da PUC-Rio a divulgá-lo, no todo ou em parte, resguardados os direitos autorais conforme legislação vigente