

## EM BUSCA DA LEGITIMIDADE DO DIREITO DE IMIGRAR – UM ESTUDO DO DIREITO MIGRATÓRIO NO ÂMBITO DO PARADIGMA DAS NAÇÕES UNIDAS E NO ORDENAMENTO JURÍDICO DO EQUADOR

Ricardo Chamma<sup>1</sup>

Felipe Simões Grangeiro.<sup>2</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Fronteiras: corredores de migração; 3. Paradigma Hodierno; 3.1. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); 3.1.1. Artigo 13; 3.1.2. Artigo 14; 3.1.2.1. Asilo e refúgio: expressões sinônimas?; 3.1.3. Artigo 15; 3.2. Convenção e Protocolo referente ao Estatuto dos Refugiados (1951 e 1967); 3.2.1. Refugiados por motivos sociais?; 3.3. Convenção referente ao Estatuto dos Apátridas (1954); 3.4 Cidadania, Nacionalidade e Soberania; 4. Embasamentos morais e repercussões econômicas relacionadas ao direito de mobilidade internacional; 4.1. Consequências econômicas das migrações para os países destinatários; 4.2. Deveres morais em relações aos estrangeiros; 5. Direito de mobilidade no ordenamento jurídico do Equador; 5.1. Direito de mobilidade na Constituição do Equador de 2008; 5.2. Direito de mobilidade na legislação infraconstitucional do Equador; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

### 1. Introdução

O paradigma do direito de mobilidade internacional prevalente ao redor do globo foi erigido com base nos princípios proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Convenção e no Protocolo referente ao Estatuto dos Refugiados e na Convenção referente ao Estatuto dos Apátridas. O direito de mobilidade internacional previsto nos instrumentos internacionais

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Administrativo da Faculdade Anhanguera. Procurador-Geral do Município de Bauru/SP.

<sup>2</sup> Procurador da Câmara Municipal de Tabatinga/SP.

supracitados não é ilimitado, estando condicionado ao princípio da soberania, também defendido pela ordem mundial hodierna.

Em direta contradição ao paradigma internacional, foi promulgada, em 2008, a atual Constituição do Equador. Os princípios defendidos pela Constituição equatoriana proclamam um mundo em que seja eliminado a possibilidade de um Estado reconhecer a permanência de uma pessoa em seu território como ilegal.

A análise crítico-comparativa de ambos paradigmas nos fornece novas ideias sobre cidadania, nacionalidade, soberania, fronteiras, entre outras, no complexo mundo globalizado atual.

## 2. Fronteiras: corredores de migração

Observando-se o planeta Terra por meio de fotos retiradas através de satélites, nota-se que a superfície terrestre coberta por terra é separada por grandes parcelas que são cobertas por água. Percebe-se diversos obstáculos a liberdade de movimentação: oceanos, desertos, montanhas, cordilheiras. Porém, as maiores barreiras à liberdade de locomoção não podem ser vistas nas fotos em questão. Trata-se das linhas imaginárias que delimitam os territórios dos Estados soberanos: as fronteiras.

Em 2013, existiam 232 milhões de migrantes ao redor do globo, sendo que 136 milhões viviam no hemisfério norte, enquanto que 96 milhões residiam no hemisfério sul<sup>3</sup>. Obviamente, esse número sofreu um acréscimo nos dois últimos anos, seguindo a tendência de ascensão experimentada na maior partes dos países desde de 1990<sup>4</sup>.

Um dos maiores corredores de migração internacional que existe é a fronteira que separa os Estados Unidos da América e o México. Em 2013, haviam 13 milhões de mexicanos nos EUA<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Dados oficiais da Organização das Nações Unidas. *Population Facts nº 2013/2. September 2013*, p.1. Disponível no link: <[http://esa.un.org/unmigration/documents/The\\_number\\_of\\_international\\_migrants.pdf](http://esa.un.org/unmigration/documents/The_number_of_international_migrants.pdf)> Acesso em 30/06/2015.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> Dados oficiais da Organização das Nações Unidas. *Population Facts nº 2013/3 Rev. 1. April 2014*, p.4. Disponível no link: <[http://esa.un.org/unmigration/documents/PF\\_South-South\\_migration\\_2013.pdf](http://esa.un.org/unmigration/documents/PF_South-South_migration_2013.pdf)> Acesso em 30/06/2015.

O ponto que produz contendas políticas, sociais e jurídicas é a questão dos imigrantes que estão em situação irregular no país de migração. Em 2012, o Departamento de Segurança Nacional estadunidense - *Department of Homeland Security* - estimou a presença de 11,4 milhões de imigrantes não autorizados nos EUA<sup>6</sup>. A Europa, outro polo de migração, recebeu 57.300 imigrantes em situação irregular apenas durante o primeiro trimestre de 2015<sup>7</sup>. A resposta dos países-polo de migração à imigração irregular é a construção de barreiras físicas com o escopo de dificultar a entrada irregular no território e a deportação dos migrantes em situação irregular que já se encontram no território do país.

Neste contexto, destaca-se a projeto de migração exposto na Constituição Equatoriana de 2008, cujo essência está prevista na seção 3 (Liberdade de Movimento), artigo 40: "o direito das pessoas de migrarem é reconhecido. Nenhum ser humano será identificado ou considerado como ilegal em virtude do seu estado migratório."

A ideia por detrás do dispositivo em tela é a da cidadania universal com a construção de um mundo em que o controle das pessoas de migrarem entre países seja mínimo ou inexistente, em consonância com a visão de Eduardo Galeano:

Talvez um dia no mundo, o nosso mundo não seja de cabeça pra baixo, e então qualquer recém-nascido seja bem-vindo. Dizendo, "Bem-vindo. Venha. Venha pra cá. Entre. O mundo inteiro é o seu reino. Suas pernas serão o seu passaporte, válido para sempre."<sup>8</sup>

Seria possível a construção de um mundo sem qualquer restrição ao direito de mobilidade internacional? Seriam certos limites ao direito de mobilidade internacional imprescindíveis? Trata-se de uma utopia ou um sonho passível de concretização? A fim de vislumbrar uma resposta as tais

---

<sup>6</sup> BAKER, Bryan; RYTINA, Nancy. **Estimates of the Unauthorized Immigrant Population Residing in the United States**. Disponível no link

<[https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/ois\\_ill\\_pe\\_2012\\_2.pdf](https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/ois_ill_pe_2012_2.pdf)> Acesso em 30/06/2015

<sup>7</sup> Disponível em

<[http://brasil.elpais.com/brasil/2015/04/18/internacional/1429312153\\_199778.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2015/04/18/internacional/1429312153_199778.html)> Acesso em 30/06/2015.

<sup>8</sup> HO, Christine G.T.; LOUCKY, James. **Humane Migration: Establishing Legitimacy and Rights for Displaced People**. Boulder: Kumarian Press, 2012, p. 84-85.

indagações, faz-se necessário estudar, previamente, o paradigma vigente no tocante ao direito de mobilidade internacional.

### **3. Paradigma Hodierno**

#### **3.1. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217, A, (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, reservou três de seus artigos ao direito de mobilidade.

##### **3.1.1. Artigo 13**

O artigo 13 dispõe:

Artigo 13.

1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.
2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.<sup>9</sup>

O direito de mobilidade intranacional, reconhecido no art. 13.1, é delimitado ao território de um determinado país, devendo portanto, observância às fronteiras dos Estados soberanos.

Depreende-se da leitura do art.13.2 que é reconhecido o direito de emigrar (sair de um país), mas não o direito de imigrar (entrar em um país). O direito de imigrar não é reconhecido na Declaração dos Direitos Humanos. Este silêncio transmite a seguinte mensagem: o direito de mobilidade internacional deve observância e submissão a soberania estatal. Os meios de controle

---

<sup>9</sup> Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>> Acesso em 01/06/2015.

migratório mais utilizados pelos Estados soberanos são a construção de barreiras físicas com o escopo de dificultar a entrada irregular em seus territórios e a deportação dos migrantes em situação irregular que já se encontram no território nacional.

### **3.1.2. Artigo 14**

O art. 14 assegura o direito das pessoas de procurarem e gozarem asilo em outros países como meio de proteção contra perseguições no país de origem:

Artigo 14.

1. Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.
2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas.<sup>10</sup>

Nota-se que o direito de buscar e gozar de asilo não é irrestrito: caso a perseguição seja legitimamente motivada por crime de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas, o direito de asilo poderá ser denegado. Entretanto, a força da soberania faz-se presente: os países podem conceder asilo até mesmo às pessoas que incidam na exceção prevista no art. 14.2. A soberania também possibilita certa margem de discricionariedade na análise da caracterização ou não de “perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas.”

#### **3.1.2.1. Asilo e refúgio: expressões sinônimas?**

A Declaração dos Direitos Humanos não faz menção a refúgio em seu texto, porém trata do asilo, em seu artigo 14. Seriam asilo e refúgio expressões

---

<sup>10</sup> Ibidem.

sinonímias? Não sendo expressões equivalentes, quais seriam as diferenças entre os dois institutos? Pietro de Jesús Lora Alarcón e Carlos Alberto Diniz distinguem os dois institutos em questão:

A condição de asilado e do refugiado se distingue devido a que, no primeiro caso, regularmente trata-se de pessoa ligada ao Estado, em perigo de morte ou privação da liberdade por opinião política ou religiosa. No segundo caso, o do refugiado, geralmente trata-se de pessoa que foge de áreas de conflitos graves, ou seja, não se trata de um combatente ou alguém por sobre o qual recai uma perseguição singular, mas encontrando-se em território no qual se registram violações aos direitos humanos ou onde se promovem pelas forças em combate atividades militares indiscriminada, desloca-se sozinho ou em grupo e atravessa as fronteiras, ingressando em território de outro Estado.<sup>11</sup>

Destarte, de acordo com os autores supracitados, o asilo é pleiteado por pessoas perseguidas individualmente, enquanto que o refúgio é almejado por um grupo de pessoas não individualizadas que correm risco de serem vítimas em um conflito generalizado. Esta é posição mais aceita na doutrina brasileira sobre o tema.

Entretanto, a Convenção (1951) e o Protocolo (1967) referentes ao Estatuto dos Refugiados<sup>12</sup> não diferenciam asilo e refúgio. O artigo 1, A, (2) da Convenção define refugiado como a pessoa que:

(a) tenha fundado receio de ser perseguida por motivo de raça, religião, nacionalidade, filiação a um grupo social particular ou opinião política, que esteja fora do país de sua nacionalidade e não é capaz ou, em razão de tal temor, não deseja beneficiar-se da proteção daquele país;

(b) não tendo nacionalidade e estando fora do país de antiga e habitual residência em razão de tais eventos, não é capaz ou, em razão de tal temor, não deseja retornar.

É possível conciliar a diferenciação entre asilo e refúgio exposta por Pietro de Jesús Lora Alarcón e Carlos Alberto Diniz (a visão predominante na

<sup>11</sup> ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora; DINIZ, Carlos Alberto. Estrangeiros e Inclusão Social: Uma análise com fundamento na universalidade dos direitos humanos e as intenções constitucionais. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 12, n.1, p. 59, jan-jun 2007. Disponível em <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/452/394>> Acesso em 02/07/2015

<sup>12</sup> Disponível em <<http://www.unhcr.org/3b66c2aa10.html>> Acesso em 10/07/2015.

doutrina brasileira) com o previsto na Convenção e no Protocolo referentes ao Estatuto dos Refugiados? Examinemos o seguinte caso hipotético a fim de responder a indagação em tela: uma pessoa que está fora do país de sua nacionalidade tem fundado receio de ser perseguida por motivo religioso. Trata-se de um líder religioso, ou seja, uma pessoa específica. Não há nenhum conflito generalizado que possa causar-lhe fundado temor. Tal indivíduo é perseguido através de atos estatais específicos dirigidos contra ele. Caso tal pessoa conseguisse proteção de algum país em virtude dos fatos narrados, estaríamos diante de um exemplo de asilo ou de refúgio? Adotando-se a visão exposta por Pietro de Jesús Lora Alarcón e Carlos Alberto Diniz seria hipótese de asilo. Porém, tal indivíduo poderia ser considerado refugiado, em virtude de expressa previsão no artigo 1, A, (2) da Convenção e do Protocolo referentes ao Estatuto dos Refugiados. Tendo em vista o caso apresentado, a distinção entre asilo e refúgio professada não encontra embasamento na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção e no Protocolo referentes ao Estatuto dos Refugiados.

Pietro de Jesús Lora Alarcón concilia a contradição em tela da seguinte maneira:

Ressalte-se que a Declaração [Universal dos Direitos Humanos] utilizou a expressão *asilo* genericamente. A conclusão razoável é que a interpretação neste caso deve ser ampliativa, é dizer, se refere tanto aos solicitantes do asilo diplomático quanto aos de refúgio. Na nossa perspectiva, tanto aos que apresentam uma situação singular como ativistas políticos, bem como aos perseguidos ou fugitivos de conflitos. Logicamente, estando na Declaração, o asilo aparece com um direito humano, um verdadeiro direito fundamental.<sup>13</sup>

O mesmo raciocínio deve ser aplicado em relação a aceção do termo "refugiado" na Convenção e no Protocolo referentes ao Estatuto dos Refugiados, ou seja, o termo "refugiado" também foi utilizado de maneira genérica aplicando-se tanto ao refúgio quanto ao asilo.

---

<sup>13</sup> ALARCÓN, Pietro. Direitos Humanos e Direitos dos Refugiados: a Dignidade Humana e a Universalidade dos Direitos Humanos como fundamentos para superar a discricionariedade estatal na concessão do refúgio. **Refúgio, Migrações e Cidadania**, Brasília, v. 8, n. 8, p.102, dezembro de 2013. Disponível em <[http://www.migrante.org.br/migrante/components/com\\_booklibrary/ebooks/caderno-debates-8.pdf](http://www.migrante.org.br/migrante/components/com_booklibrary/ebooks/caderno-debates-8.pdf)> Acesso em 02/07/2015.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) apresenta uma diferenciação pertinente ao tema enfrentado: a distinção entre “pessoas em busca de asilo” e “refugiados”.

Os termos “pessoa em busca de asilo” e “refugiado” são regularmente confundidos: uma pessoa em busca de asilo é alguém que diz ser refugiado, mas que ainda não teve a reivindicação definitivamente avaliada. Em média, por volta de 1 milhão de pessoas buscam asilo, em caráter individual, todos os anos. Em meados de 2014, havia mais de 1.2 milhão de pessoas em busca de asilo.

Sistemas nacionais de asilo são os quais pessoas em busca de asilo realmente fazem jus a proteção internacional. Aqueles julgados através dos procedimentos adequados como não refugiados, nem merecedores de qualquer outro tipo de proteção internacional, serão enviados de volta aos seus países de origem.

A eficiência do sistema de asilo é a chave. Se o sistema de asilo for célere e justo, então as pessoas que sabem não serem refugiadas terão pouco incentivo para realizar a reivindicação, resultando em benefício para o país de estadia e para os refugiados para quem o sistema é direcionado.

Durante movimentos em massa de refugiados (geralmente como resultado de conflitos ou violência generalizada diferentes de uma perseguição individual), não há – e nunca haverá – a capacidade de conduzir entrevistas individuais para concessão de asilo para todos que cruzaram a fronteira. Nem é geralmente necessário, haja vista que nessas circunstâncias é, em regra, evidente que tais pessoas fugiram. Como resultado, tais grupos serão, em regra, declarados refugiados “prima facie”.<sup>14</sup>

Portanto, as “pessoas em busca de asilo” que tiverem seus pedidos apreciados de maneira favorável a elas serão denominadas “refugiadas”. Esta distinção responde a indagação enfrentada neste tópico. Asilo e refúgio são expressões sinônimas, ao menos para o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). Porém, existe diferença entre “asilo” e “refugiado”. Asilo é o instituto jurídico destinado a proteger as pessoas que incidam nas hipóteses previstas no artigo 1, A, (2) da Convenção e do Protocolo referentes ao Estatuto dos Refugiados; refugiado é a denominação dada às pessoas protegidas pela concessão do asilo. O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, com base na Declaração Universal dos Direitos Humanos e

---

<sup>14</sup> Disponível em <<http://www.unhcr.org/pages/49c3646c137.html>> Acesso em 03/07/2015.

na Convenção e no Protocolo referentes ao Estatuto dos Refugiados, não utiliza a expressão “asilado” a fim de denominar o indivíduo que obteve a proteção do asilo, utilizando em seu lugar o termo “refugiado”. O mesmo raciocínio se aplica ao termo “refúgio”: o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados emprega a expressão “asilo” em vez de “refúgio”.

A Recomendação D do Ato Final da Conferência das Nações Unidas dos Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e o Protocolo referente aos apátridas reafirma a distinção feita entre asilo e refugiado:

D

(Cooperação internacional na seara do asilo e reassentamento)

A Conferência,

**Considerando** que muitas pessoas continuam deixando seus países de origem por razões de perseguição e fazem jus a proteção especial em virtude de sua posição,

**Recomenda** que os Governos continuem a receber refugiados em seus territórios e que eles atuem em consonância com o verdadeiro espírito de cooperação internacional a fim que estes refugiados possam encontrar asilo e tenham a possibilidade de reassentamento. (grifo nosso).

Destarte, as pessoas que recebem a proteção do instituto jurídico “asilo” recebem o nome de “refugiados”. Qualquer diferenciação entre asilo e refúgio não encontra embasamento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Convenção e no Protocolo referente ao Estatuto dos Refugiados e em qualquer instrumento internacional promovido pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados.

### 3.1.3. Artigo 15

A nacionalidade tem relação direta com o direito de mobilidade, haja vista que o nacional tem direitos de mobilidade não extensíveis aos estrangeiros e aos apátridas.

O artigo 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe:

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.

Com o escopo de promover o direito fundamental a nacionalidade foram celebradas a Convenção referente ao Estatuto dos Apátridas (1954) e a Convenção sobre a Redução do Número de Apátridas (1961).

### **3.2. Convenção e Protocolo referente ao Estatuto dos Refugiados (1951 e 1967)**

O artigo 1, A, (2) da Convenção (1951) e Protocolo (1967) referente ao Estatuto dos refugiados define refugiado como a pessoa que:

(a) tenha fundado receio de ser perseguida por motivo de raça, religião, nacionalidade, filiação a um grupo social particular ou opinião política, que esteja fora do país de sua nacionalidade e não é capaz ou, em razão de tal temor, não deseja beneficiar-se da proteção daquele país;

(b) não tendo nacionalidade e estando fora do país de antiga e habitual residência em razão de tais eventos, não é capaz ou, em razão de tal temor, não deseja retornar.

A definição de "refugiado" foi expandida com a celebração do Protocolo referente ao Estatuto dos Refugiados: no texto original da Convenção de 1951, somente era considerado refugiado, pessoa que incidisse nas hipóteses previstas, porém os eventos que ensejassem a perseguição deveriam ser anteriores a 1º de janeiro de 1951. Portanto, caso uma pessoa sofresse perseguição por motivo raça, religião, nacionalidade, filiação a um grupo social particular ou opinião pública, em razão de eventos ocorridos depois de 1º de janeiro de 1951, não poderia ser considerada refugiada.

A limitação temporal em exame, tinha como efeito prático, restringir a proteção principalmente a europeus refugiados em razão da Segunda Guerra Mundial. A limitação temporal era também, na prática, uma limitação territorial.

Destarte, a alteração do texto da Convenção de 1951 pelo Protocolo de 1967 possibilitou uma maior proteção as pessoas ao redor do globo.

Interessante notar que somente poderá ser considerado refugiado, de acordo com a definição supracitada, as pessoas que estejam fora do país de sua nacionalidade (ou residência, caso trata-se de apátrida). Porém, a doutrina e a prática reconhecem uma exceção à regra em questão: pessoa que esteja em seu país de nacionalidade (ou residência, no caso de apátrida), pleiteando por asilo<sup>15</sup> dentro de embaixada de país estrangeiro. Trata-se de pedido de asilo diplomático, que se distingue do pedido de asilo territorial (realizado dentro do país destino). Caso curioso ocorre quando a pessoa está fora do país de sua nacionalidade e pleiteia asilo para outro país distinto. Seria hipótese de asilo territorial ou diplomático? Entendemos estar diante de uma hipótese de asilo diplomático, uma vez que o pedido de asilo deve ser manifestado perante o corpo diplomático do país destino que esteja no país de trânsito.

A grande distinção entre as espécies de pedido de asilo deve estar sempre centrada no fato de o pleiteante de asilo estar ou não no território do país destino, uma vez que a devolução de pessoa que faria jus a asilo acarretaria na sua devolução ao país em que ela sofre perseguição. O princípio da não devolução (*non-refoulement*) é a pedra basilar de toda legislação protetiva dos refugiados, estando previsto no artigo 33 da Convenção e Protocolo referente ao Estatuto dos Refugiados:

#### Artigo 33

##### Proibição de expulsão ou retorno ("*refoulement*")

1. Nenhum Estado Contratante expulsará ou retornará ("*refouler*") um refugiado de nenhuma maneira qualquer para as fronteiras dos territórios onde sua vida ou liberdade estaria ameaçada por motivo de raça, religião, nacionalidade, filiação a um determinado grupo social ou opinião política.
2. O benefício da presente provisão não pode, entretanto, ser pleiteado por um refugiado caso existam motivos razoáveis referentes a perigo para a segurança do país em quem ele esteja, ou quem, sendo condenado por uma decisão final de um determinado crime grave, constitua um perigo para a comunidade daquele país.

---

<sup>15</sup> A acepção do termo "asilo" está em conformidade com o exposto no tópico 3.1.2.1. Asilo e refúgio: expressões sinônimas.

### 3.2.1. Refugiados por motivos sociais?

É possível expandir a definição de refugiado a fim de incluir migrantes que não tenham acesso a direitos sociais, como por exemplo, trabalho, educação, saúde, moradia, entre outros?

Alguns defensores<sup>16</sup> do conceito refugiado por motivos sociais asseveram que uma vez que os direitos sociais são direitos fundamentais de qualquer ser humano, a sua não implementação acarretaria em uma violação de direito fundamental, possibilitando, destarte, a proteção pela Convenção e Protocolo referente ao Estatuto dos Refugiados.

Entretanto, a ideia de refugiado por motivos sociais não encontra embasamento no texto da Convenção e Protocolo referente ao Estatuto dos Refugiados: o artigo 1, A, (2), ao definir refugiado, não reconhece como refugiado a pessoa que não tem acesso a direitos sociais. O entendimento do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados é que o escopo da Convenção e do Protocolo referente ao Estatuto dos Refugiados não é de regular migrações resultantes por motivos econômicos: o não acesso a direitos sociais, a pobreza, o desejo de emigrar a fim de ter uma vida melhor não justificam a aplicação dos direitos previstos na Convenção e do Protocolo referente ao Estatuto dos Refugiados, em especial, a proibição de expulsão ou retorno (*refoulement*) previsto no artigo 33<sup>17</sup>.

Entendemos que a expansão do conceito refugiado a fim de incluir as migrações econômicas está condicionado a outro Protocolo que tenha por finalidade alterar o texto da Convenção de 1951. Porém, é importante frisar que o cerne deste debate não está na expansão do conceito do termo refugiado, e sim, no reconhecimento do direito de imigrar. O reconhecimento do direito de imigrar é o tema central do direito de mobilidade no mundo atual. Entretanto, uma mudança de paradigma desta magnitude somente seria possível com a celebração de uma nova Convenção que reconhecesse o direito de imigrar, ou com um Protocolo que expandisse o conceito de refugiado previsto na Convenção e Protocolo referente ao Estatuto dos Refugiados. Preferimos a primeira opção, haja vista que ela ataca a raiz do problema e não escamoteia a

---

<sup>16</sup> ANDRADE, Sebastian González. *El refugiado por motivos sociales. A la puerta de una nueva categoría de refugiado. Los Derechos en la movilidad: del control a la protección*. 1º edição, novembro de 2009. Disponível em < [http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/7\\_Movilidad\\_Humana.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/7_Movilidad_Humana.pdf)> Acesso em 15/07/2015

<sup>17</sup> Disponível em <<http://www.unhcr.org/3b4c06578.html>> Acesso em 16/07/2015

luta pelo direito de imigrar, direito este, não reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em um claro exemplo de silêncio eloquente.

### **3.3. Convenção referente ao Estatuto dos Apátridas (1954)**

O artigo 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos reconheceu a qualquer indivíduo o direito fundamental à nacionalidade. A pessoa que não é considerada como nacional por nenhum Estado é denominada apátrida.

A fim de proteger os direitos dos apátridas na ordem internacional foi celebrada em 1954 a Convenção referente ao Estatuto dos Apátridas. A Convenção referente ao Estatuto dos Apátridas deve ser vista em harmonia com a Convenção e o Protocolo referente ao Estatuto dos Refugiados. Caso uma pessoa seja refugiada e apátrida, deve-se aplicar a norma mais protetiva, que na maioria das circunstâncias será o dispositivo de proteção aos Refugiados<sup>18</sup>.

O princípio basilar que fundamenta a Convenção referente ao Estatuto dos Apátridas é a previsão que nenhum apátrida deve ser tratado de maneira mais rigorosa que um estrangeiro que possua nacionalidade. Ademais, a Convenção de 1954 reconhece que os apátridas são mais vulneráveis que os demais estrangeiros<sup>19</sup>. Entretanto, a Convenção referente ao Estatuto dos Apátridas não compele os Estados a permitirem a entrada e residência de pessoas apátridas em seu território. Porém, caso o apátrida seja também refugiado, deve-se aplicar o artigo 33 da Convenção e Protocolo referente ao Estatuto dos Refugiados (proibição de expulsão ou retorno – *refoulement*).

### **3.4 Cidadania, Nacionalidade e Soberania**

---

<sup>18</sup> Conclusão I, A, 5 da Reunião de Especialistas sobre “O Conceito de Pessoa Apátrida segundo o Direito Internacional”. Disponível em <[http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/O\\_Conceito\\_de\\_Pessoa\\_Apatri\\_da\\_segundo\\_o\\_Direito\\_Internacional.pdf?view=1](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/O_Conceito_de_Pessoa_Apatri_da_segundo_o_Direito_Internacional.pdf?view=1)> Acesso em 17/07/2015

<sup>19</sup> *Protecting the Rights of Stateless Persons. The 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons*, p. 4. Disponível em <<http://www.unhcr.org/519e20989.html>> Acesso em 17/07/2015

O fundamento do conceito “cidadania” é a ideia que os indivíduos tem direitos e garantias perante o Estado. Essa era uma ideia inovadora e revolucionária na Europa do final do século XVIII. Porém, hoje o conceito “cidadão”, em sua acepção atual, é um empecilho para exercício de direitos. A fim de compreender essa asserção aparentemente contraditória, faz-se necessário debruçarmo-nos sobre alguns conceitos básicos. José Afonso da Silva define e distingue dois conceitos pertinentes ao tema ora estudado: cidadania e nacionalidade.

Cidadania [...] qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política [...] Nacionalidade é conceito mais amplo do que cidadania, e é pressuposto desta, uma vez que só o titular da nacionalidade brasileira pode ser cidadão.<sup>20</sup>

A cidadania é um vínculo entre um indivíduo e um Estado que tem como pressuposto a nacionalidade. Os direitos decorrentes da cidadania e da nacionalidade estão limitados a uma determinada base territorial de um Estado soberano. Destarte, a cidadania está sempre atrelada a uma nacionalidade: a pessoa é cidadão de um Estado soberano específico que tem como espaço um território delimitado. Fora do país, o cidadão é um estrangeiro. Com base nesta distinção Christine G. T. Ho e James Loucky criticam a ideia de cidadania hodierna:

A ideia de cidadania é também problemática porque implica em uma segregação mental entre membros (independente, responsável, confiável, moral) e não-membros (dependente, irresponsável, imoral, transgressor não merecedor), desenhando linhas de inclusão e exclusão entre cidadãos e não-cidadãos e criando uma divisão categoria entre os que fazem jus a direitos e os que estão privados deles.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25<sup>o</sup> ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p.345-346.

<sup>21</sup> HO, Christine G.T.; LOUCKY, James. **Humane Migration: Establishing Legitimacy and Rights for Displaced People**. Boulder: Kumarian Press, 2012, p. 4.

Destarte, a ideia de cidadania universal professada pela Constituição Equatoriana de 2008, em seu artigo 416, 6<sup>22</sup>, perante o paradigma internacional vigente, é uma contradição em termos: a cidadania é sempre nacional e certos direitos não são extensíveis aos estrangeiros (nacionais de outros Estados), como por exemplo, o direito de residir no país, independentemente de qualquer manifestação do Estado.

O direito do estrangeiro de imigrar e residir em um outro país está condicionado a manifestação do Estado soberano de destino. Em razão desta posição da soberania no paradigma hodierno referente ao direito de mobilidade internacional, Christine G. T. Ho e James Loucky apresentam a seguinte crítica ao conceito de soberania:

Além do mais, há uma contradição fundamental entre reivindicações de controle de fronteiras com base na soberania estatal e a prática de direitos humanos internacionais. Para dizer diretamente, há uma tensão entre o universalismo e o particularismo, que consiste em dilema ético para as democracias liberais que afirmam cometimento a ambos princípios [...]. Entretanto, se as aspirações de uma ordem moral mais elevada devem ser atingidas, esta contradição precisa ser resolvida.<sup>23</sup>

Walter Claudius Rothenburg sintetiza o desafio atual:

Não restringir os direitos fundamentais apenas aos nacionais ("cidadãos") constitui um desafio contemporâneo para a universalidade e internacionalização, pois a nacionalidade ("cidadania") ainda representa um "privilégio de status" que condiciona os direitos humanos a serem apenas direitos do cidadão (L. Ferrajoli). Deve-se considerar que a Constituição do Brasil utiliza a expressão "cidadania" também em sentido amplo quando a toma como um dos fundamentos da república (CR, art. 1º, II), a compreender "aqueles que vivem sob a proteção constitucional

---

<sup>22</sup> Artigo 416 [...], 6. Propugna o princípio da cidadania universal, a liberdade de mobilidade a todos os seus habitantes do planeta, e a progressiva extinção do status de alienígena ou estrangeiro como elemento de transformação das relações desiguais entre países, especialmente aquelas entre o Norte e o Sul.

<sup>23</sup> HO, Christine G.T.; LOUCKY, James. **Humane Migration: Establishing Legitimacy and Rights for Displaced People**. Boulder: Kumarian Press, 2012, p. 162.

brasileira, ainda que residam fora do território brasileiro ou sejam estrangeiros" (Luiz Carlos dos Santos Gonçalves).<sup>24</sup>

Uma proposta<sup>25</sup> interessante que enfrenta o desafio em questão é a de que a cidadania não tenha a nacionalidade como pressuposto necessário. Os proponentes dessa proposta defendem que a cidadania possa também ter como pressuposto a residência no território do país em que se pretende ser cidadão. Portanto, estaríamos diante de dois modos de aquisição do título de cidadão de um país: pela nacionalidade ou pela residência em seu território. Essa proposta poderia implicar no fim dos imigrantes que estão em situação irregular em um país, porém não necessariamente implicaria no fim dos controles migratórios realizados pelos Estados soberanos. Todavia, caso os controles migratórios continuassem a existir, eles teriam uma eficácia limitada e diminuta, pois caso um imigrante adentre ao território em desrespeito à legislação migratória do país destinatário e consiga estabelecer residência em seu território, tal imigrante seria considerado cidadão. O controle de entrada de imigrantes poderia continuar a existir, mas seria bem mais limitado, pois qualquer imigrante irregular que conseguisse estabelecer residência no território sanaria sua situação irregular.

#### **4. Embasamentos morais e repercussões econômicas relacionadas ao direito de mobilidade internacional**

Nenhum homem está imune a circunstâncias que, apesar de decisivas em sua vida, são completamente independentes de sua vontade. O fator sorte não pode ser retirado da equação da existência de qualquer pessoa. Dentre todas as eventualidades soberanas imagináveis, uma tem relação direta com o presente estudo: o país de nascimento. O território em que ocorre a gênese é completamente independente da vontade do indivíduo. É possível imaginar uma mulher gestante que se locomove para um outro país a fim de garantir uma existência melhor para o nascituro, porém mesmo nessa hipótese o indivíduo fruto da gestação não terá o poder de escolher o país em que será realizado o parto.

---

<sup>24</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 10.

<sup>25</sup> HAYTER, Teresa. **Open Borders: the case against immigration controls**. London, Ann Arbor, MI, Pluto Press, 2004, p. xiv.

O país de origem, apesar de ser uma circunstância completamente independente da existência do indivíduo, é um fato importantíssimo para a sua existência. O país de nascença será um fator do qual decorrerá muitos outros fatores relevantes ao indivíduo: status econômico, educação, saúde, cultura, religião etc. A remuneração de pessoas nascidas em países desenvolvidos será em geral maior do que a dos nascidos em países subdesenvolvidos. Destarte, a igualdade de oportunidades no cenário hodierno é ainda uma utopia.

A desigualdade decorrente do país de nascença não pode ser eliminada no atual estágio da humanidade, porém é possível imaginar um meio de reduzir a desigualdade em questão: livre trânsito de indivíduos entre países a fim de permitir que qualquer pessoa possa imigrar para qualquer país de sua escolha. Os embasamentos desta proposta não se limitam a fatores econômicos: é possível que o completo desenvolvimento intelectual e a conquista da felicidade do indivíduo podem ser somente alcançados em outro país distinto do de nascimento.

Hodiernamente, não há consenso sobre às extensões das limitações ao direito de mobilidade internacional. As restrições ao direito de mobilidade devem ser amplas, mínimas ou inexistentes? A inexistência de qualquer controle de imigração provocaria circunstâncias econômicas danosas a população do país destinatário? A permissibilidade da migração deve ser sempre condicionada aos interesses da população do país destinatário? Seria possível justificar a imigração mesmo que prejudicial a população do país destinatário?

#### **4.1. Consequências econômicas das migrações para os países destinatários**

Atualmente, a migração é um fenômeno eminentemente econômico. Exceto no casos de migrações de refugiados e de apátridas, o anseio de melhoria da situação econômica é a principal motivação dos movimentos migratórios hodiernos.

A natureza econômica da migração provoca um fluxo de migrantes principalmente do eixo Sul-Norte, de países em desenvolvimento para países desenvolvidos. Uma das consequências da natureza econômica dos movimentos migratórios é a concentração de migrantes em alguns poucos países: em 2013, mais de 51% de todos migrantes internacionais, ou seja, mais de 118 milhões de migrantes estavam vivendo em apenas 10 países<sup>26</sup>.

A revogação de todos os controles de movimentos migratórios definitivamente acarretaria em um aumento dos fluxos migratórios para os países desenvolvidos. Esta medida resultaria em efeitos prejudiciais para os principais países destinatários?

É possível vislumbrar dois óbices à eliminação dos controles migratórios. O primeiro obstáculo ocorreria na hipótese de incapacidade de absorção de um número elevado de migrantes. Caso o número de migrantes equivalesse ao número de vagas de trabalho criadas seria difícil visualizar qualquer prejuízo: os migrantes empregados custeariam os serviços sociais assim como os demais trabalhadores nacionais. Porém, caso o número de vagas criadas pelo país destinatário seja insuficiente para absorver o fluxo migratório, os migrantes desempregados tornar-se-iam um ônus ao estado de bem-estar social.

O segundo empecilho estaria na deterioração do emprego do trabalhador vulnerável nacional: com a imigração de um número elevado de trabalhadores, em sua maioria com um nível educacional baixo, estaríamos diante do cenário em que mais trabalhadores estariam competindo pelos mesmos empregos. Inevitavelmente, estaríamos diante de um cenário em que o desemprego sofreria um viés de alta com salários em queda acarretando uma deterioração da situação dos trabalhadores nacionais do país destinatário.

Os dois obstáculos elencados envolvem hipóteses em que há um excesso de migrantes. Conforme visto, os migrantes tendem a concentrar-se em alguns poucos países. Uma distribuição isonômica de migrantes ao redor do globo provocaria efeitos menos contundentes, porém diante do fenômeno da migração em massa combinada com a concentração de migrantes em poucos países, a probabilidade de ocorrência dos efeitos danosos enumerados tornar-se perfeitamente possível.

---

<sup>26</sup> Dados oficiais da Organização das Nações Unidas. **Population Facts nº 2013/2 Rev. 1. 2014. September 2013**, p. 2. Disponível no link: <[http://esa.un.org/unmigration/documents/The\\_number\\_of\\_international\\_migrants.pdf](http://esa.un.org/unmigration/documents/The_number_of_international_migrants.pdf)> Acesso em 30/06/2015.

Alguns críticos do paradigma atual relacionado a mobilidade internacional argumentam sobre a incompatibilidade entre a adoção simultânea do livre mercado e restrições nos movimentos migratórios internacionais: o fato de existirem mais restrições na circulação de pessoas do que na circulação de bens na seara internacional fundamenta a interpretação que na ordem vigente os bens estão em uma posição hierárquica superior as pessoas. Porém, esta é uma análise crítica superficial: a verdadeira diferenciação não está entre coisas e pessoas, e sim entre nacionais e estrangeiros. Pouquíssimas pessoas defendem a ideia que objetos sejam superiores as pessoas, porém um número considerável defende a posição de que os nacionais devam ter primazia em relação aos estrangeiros. Esta constatação resulta na seguinte indagação: justifica-se as diferenciações entre nacionais e estrangeiros?

#### **4.2. Deveres morais em relações aos estrangeiros**

A diferenciação entre nacionais e estrangeiros é de tal maneira aceita na ordem vigente que raramente é questionada. Esta diferenciação está fundamentada na existência de um país, que é em sua essência, um grupo. A ideia de grupo pressupõe necessariamente exclusão: somente é pertinente delimitar um grupo na hipótese de ser possível distinguir o que faz parte do grupo do que não faz. Um grupo que pretendesse englobar *tudo* não seria, a rigor, um grupo. Um país, como todo grupo, distingue os seus elementos dos não-elementos, ou usando a terminologia específica atual, os nacionais dos não nacionais, ou seja, dos estrangeiros. O critério atual utilizado para diferenciar os membros e os não-membros de um país, ou seja, a nacionalidade, não está imune de críticas: é possível defender a diferenciação entre membros e não-membros com base no fato de residir ou não em seu território, conforme exposto anteriormente<sup>27</sup>. Porém, a distinção entre membros e não-membros de um país é, além de legítima, imprescindível: os membros terão direitos e deveres não extensíveis aos não-membros. É fundamental definir quais pessoas terão direito de voto, quais pessoas serão compelidas a pagarem tributos e quais farão jus a benefícios sociais custeados pelos contribuintes. A ideia de um chinês residente na China pretender votar na eleição presidencial mexicana e exigir o recebimento de um benefício social prestado pelo Estado sueco é estranha e absurda.

---

<sup>27</sup> Ver item 3.4. Cidadania, Nacionalidade e Soberania.

Destarte, é distinção entre membros e não-membros é, além de legítima, imprescindível. Todavia desta constatação resulta a seguinte indagação: é legítimo controlar a entrada de imigrantes estrangeiros (não-membros) que optem por residirem em um país distinto ao de nascimento, ou seja, que optem por integrar um grupo que não façam parte? Michael Sandel também faz a mesma pergunta:

“Baseadas em que as nações têm o direito de impedir que estrangeiros se juntem a seus cidadãos?

O melhor argumento para limitar a imigração tem a ver com a proteção do grupo. De acordo com Michael Walzer, a capacidade de controlar as condições da sociedade, de estabelecer os termos de admissão e exclusão, está “no âmago da independência do grupo. Caso contrário, “não poderiam existir comunidades definidas, historicamente estáveis, associações ativas de homens e mulheres com algum comprometimento mútuo especial e um determinado sentido de vida comum.

Para os países ricos, no entanto, as leis que restringem a imigração também ajudam a proteger privilégios. Muitos americanos temem que permitir que um grande número de mexicanos imigre nos Estados Unidos imponha um ônus significativo aos serviços sociais e que acabe por reduzir o bem-estar econômico dos cidadãos de seu país. Não está comprovado que esse temo seja justificável. Mas suponhamos, a título de discussão, que a imigração livre empobrecesse o padrão de vida dos americanos. Isso seria suficiente para restringir a imigração? Só se considerarmos que as pessoas nascidas na margem rica do rio Grande sejam merecedoras de um destino melhor. Já que o acaso do local de nascimento não justifica o merecimento do direito, no entanto, é difícil conceber como a restrição à imigração pode ser justificada em nome da preservação da riqueza.

Um argumento mais forte para que se limite a imigração é a proteção do emprego e do nível salarial do trabalhador americano menos capacitado, mais vulnerável ao influxo dos imigrantes que aceitam trabalhar por salários menos. Mas esse argumento nos leva de volta à questão que estamos tentando resolver: Por que deveríamos proteger nossos trabalhadores mais vulneráveis no mercado de trabalho às pessoas do México que são ainda mais pobres?”<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Ibidem, p. 284.

Michael Sandel questiona o controle de imigração, em qualquer hipótese, mesmo que a imigração seja prejudicial a população nativa do país destinatário, uma vez que, segundo o questionamento levantado pelo autor, o local de nascimento talvez não seja embasamento suficiente para justificar proteção da situação econômica dos nacionais do país.

É possível também questionar a legitimidade do controle de imigração, mesmo que prejudicial a população nativa, com base na ideia de posição original defendida por John Rawls:

“A ideia da posição original é estabelecer um processo equitativo, de modo que quaisquer princípios aceitos sejam justos. O objetivo é usar a noção de justiça procedimental pura como fundamento da teoria. De algum modo, devemos anular os efeitos das contingências específicas que colocam os homens em posições de disputa, tentando-os a explorar as circunstâncias naturais e sociais em seu próprio benefício. Com esse propósito, assumo que as partes se situam atrás de um véu de ignorância. Elas não sabem como as várias alternativas irão afetar o seu caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais.”<sup>29</sup>

Caso fosse viável alcançar o estágio original sob o véu da ignorância, seria possível conseguir um consenso na eliminação de todos os controles migratórios? Nesta posição original, não seria possível conhecer a nossa posição no mundo: nacional ou estrangeiro, migrante ou não, etc. Não saberíamos os efeitos que os movimentos migratórios teriam sobre nós. Somente nesse estágio seria possível discutir a legitimidade dos controles migratórios, pois estaríamos em uma posição totalmente desvinculada a ganhos e perdas pessoais.

É possível questionar a legitimidade dos controles migratórios nessa posição original rawlsiana, porém é também legítimo defender o controle migratório no mundo real. No mundo real, existem graus de lealdade distintos. A herança do falecido, por exemplo, não é dividida de maneira equânime entre todos, e mesmo entre os possíveis herdeiros, existe um ordem de sucessão fixada em lei (e/ou em um testamento, conforme o caso). Pais que trabalham diuturnamente a fim de garantir um ensino superior ao filho sentem um dever muito maior em relação a este último do que em relação a muitas crianças famintas que vagam na superfície do globo. Tais pais provavelmente

---

<sup>29</sup> RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 146-147.

concordariam com a asserção que o dever de alimentar alguém em um estado de inanição é muito maior do que o dever de garantir um estudo em uma faculdade a outrem. Porém, no mundo empírico, vemos que a maioria dos pais escolhem garantir o ensino superior de seus filhos ao em vez de gastar esses mesmos recursos financeiros em alimentos para crianças famintas de países longínquos.

Caso pudéssemos representar graficamente a ideia exposta seria de tal maneira: diversos círculos concêntricos. Em um dos círculos mais próximo do centro estaria um círculo dos familiares mais próximos. Em outro círculo mais distante do centro estariam colegas de trabalho. Em outro círculo mais distante do centro do que o anterior estariam as pessoas que moram no mesmo município e em outro círculo mais distante ainda estariam as pessoas que compartilham o mesmo país.

O ponto fulcral que se almeja demonstrar é a ideia de que temos um dever maior em relação aos demais membros do nosso país do que em relação a estrangeiros, assim como temos um dever maior em relação a nossa família do que aos demais membros da nossa comunidade. Caso tal asserção seja aceita, somente seria possível defender a imigração que não prejudicasse a população nativa, uma vez que o dever de lealdade é maior em relação a última do que em relação a estrangeiros. .

Destarte, defender o controle de imigração em que não haja prejuízo para população nativa é ilegítimo, porém é legítimo a defesa do controle migratório na hipótese de a imigração poder causar prejuízo para a população nativa.

É possível vislumbrar uma exceção a asserção supracitada: a hipótese de o imigrante seja refugiado. A lógica dos círculos concêntricos de lealdade não tem força moral suficiente para devolver um refugiado ao país em que este é perseguido. Neste caso, os eventuais custos a população nativa podem parecer pálidos se comparados com a vida de uma pessoa determinada que já dentro do território do país em que pleiteia asilo.

## **5. Direito de mobilidade no ordenamento jurídico do Equador**

### **5.1. Direito de mobilidade na Constituição do Equador de 2008**

O marco constitucional equatoriano relacionado ao direito de mobilidade internacional está definitivamente em choque com o paradigma mundial hodierno. Os princípios que regem o paradigma do direito de mobilidade na Constituição do Equador de 2008 estão demonstrados no artigo 40 da Seção 3 (Mobilidade Humana).

#### Artigo 40

O direito das pessoas de migrarem é reconhecido. Nenhum ser humano será identificado ou considerado ilegal em razão de estado migratório.

O Estado, por meio de suas entidades correspondentes, desenvolverá, sem prejuízo de outras, as seguintes ações para o exercício dos direitos dos equatorianos no exterior, independentemente de seus estados migratórios:

1. Oferecerá assistência a elas e a suas famílias, vivam eles no estrangeiro ou no país.
2. Oferecerá cuidados, serviços de consultoria e proteção integral de modo que possam exercer livremente os seus direitos.
3. Deverá resguardar os seus direitos quando, por qualquer razão, eles forem privados de suas liberdades no exterior.
4. Promoverá seus vínculos com o Equador, facilitando a reunificação familiar e incentivando o retorno voluntário.
5. Manter a confidencialidade das informações de caráter pessoal que se encontrem nos arquivos das instituições equatorianas no exterior.
6. Protegerá as famílias transnacionais e os direitos de seus membros.<sup>30</sup>

O estudo do artigo supracitado deve ter como início a análise do *caput*. O artigo 40 veda a identificação ou a consideração de um ser humano como ilegal em razão de seu estado migratório. Primeiramente, é importante frisar que existe uma imprecisão terminológica no artigo 40: a ilegalidade na existência de um ser humano é algo típico de estados totalitários. Nenhum ser humano é considerado ilegal em qualquer país em que haja o reconhecimento de direitos humanos. O que é aceitável no paradigma hodierno referente aos

---

<sup>30</sup> Disponível em

<[http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)> Acesso em 10/07/2015.

direitos de mobilidade é a identificação ou consideração da permanência de uma pessoa em um país como ilegal. Porém, jamais a ilegalidade do próprio ser humano.

Por meio de análise detalhada do artigo 40, é possível cindi-lo em duas partes: a primeira referente aos direitos de mobilidade dos imigrantes que pretendem adentrar no território do Equador e a segunda relacionada aos direitos do equatorianos que estejam no exterior.

A redação da primeira parte do artigo 40 acarreta diversas indagações: a proibição do reconhecimento da "ilegalidade" da pessoa em razão de seu estado migratório implica na abolição do instituto da deportação no ordenamento jurídico equatoriano? Resulta na eliminação de quaisquer controles na entrada de migrantes no território do Equador? Não temos respostas para estas inquisições.

A segunda parte do artigo 40 está prevista de maneira mais ampla e precisa, não acarretando em questionamentos fundamentais como na primeira parte. Uma provável causa para esta diferença está no fato de que o Equador não é um país polo de imigração. Muito pelo contrário: segundo fontes internacionais, o total de emigrantes equatorianos superou a cifra de 1 milhão em 2005 (1 milhão de emigrantes equatorianos representam 7,7% do total da população equatoriana)<sup>31</sup>.

O artigo 41 versa sobre os direitos do refugiados:

#### Artigo 41

São reconhecidos os direitos de asilo e refúgio, de acordo com a lei e os instrumentos internacionais de direitos humanos. As pessoas que se encontrem em condição de asilo ou refúgio gozarão de proteção especial que garanta o pleno exercício de seus direitos.

O Estado respeitará e garantirá o princípio da não devolução, além de prestar assistência humana e jurídica de emergência. Não se aplicará às pessoas solicitantes de asilo ou refúgio sanções penais pelo direito de ingresso ou de permanência em situação de irregularidade.

O Estado, em casos excepcionais e quando as circunstâncias permitirem, reconhecerá a um grupo de pessoas o estado de refugiado, de acordo com a lei.

---

<sup>31</sup> Perfil Migratório del Ecuador, OIM Quito, 2008, p. 29. Disponível em <[http://publications.iom.int/bookstore/free/ecuador\\_profile.pdf](http://publications.iom.int/bookstore/free/ecuador_profile.pdf)> Acesso em 10/07/2015.

O artigo 41 está em consonância os instrumentos legais internacionais, principalmente com a Convenção e Protocolo referente ao Estatuto dos Refugiados, ambos ratificados pelo Equador.

O Artigo 416 do texto constitucional equatoriano elenca princípios que regem as relações internacionais entre o Equador e a comunidade internacional. Dentre os 13 princípios, destacam-se dois para o presente estudo:

#### Artigo 416

As relações entre o Equador e a comunidade internacional deverão observar os interesses do povo equatoriano, sendo que as pessoas no comando dessas relações e seus executores deverão ser responsabilizados, resultando em:

[...]

6. Propugna o princípio da cidadania universal, a liberdade de movimento de todos os habitantes do planeta e o progressivo fim da condição de estrangeiro como elemento transformador das relações desiguais entre os países, especialmente as entre o Norte e o Sul.

7. Exige o respeito aos direitos humanos, especialmente os direitos dos migrantes, e propicia o seu pleno exercício mediante o cumprimento das obrigações assumidas com a subscrição aos instrumentos internacionais de direitos humanos.

O artigo 416.6 demonstra o núcleo ideológico do direito de mobilidade defendido e renunciado pela Constituição do Equador. O princípio da cidadania universal, profetizado pelo texto constitucional equatoriano, é contraditório ao paradigma vigente, uma vez que a cidadania tem como pressuposto uma nacionalidade, sendo que ambas estão atreladas a um Estado soberano específico. O princípio da cidadania universal propugna uma ideia de cidadania desvinculada de nacionalidade, algo estranho ao padrão aceito.

O item em exame também prevê que as relações entre o Equador e a comunidade internacional deverá observar o ideal em que haja liberdade de movimento de todos os habitantes do planeta. Porém, conforme exposto, esse ideal não é reconhecido de maneira ampla e incondicional pela comunidade

internacional. De acordo com o paradigma atual, o direito de imigrar e permanecer em um país é condicionado a manifestação de soberania do Estado destinatário.

Finalmente, é defendido o fim progressivo da condição de estrangeiro como elemento transformador das relações desiguais entre os países. Essa é uma ideia revolucionária, uma vez que o fim da condição de estrangeiro está atrelado ao fim da noção de nacionalidade.

A distinção entre nacionais e estrangeiros é aceita de tal maneira que raramente tem sua legitimidade contestada. Porém, o estabelecimento da liberdade de movimento amplo e irrestrito está condicionado ao questionamento de tal diferenciação. O reconhecimento do direito de pessoas imigrarem para qualquer país do mundo depende de uma nova visão de nacionalidade, ou provavelmente, a sua abolição.

## **5.2. Direito de mobilidade na legislação infraconstitucional do Equador**

Primeiramente, é importante ressaltar que os princípios constitucionais relacionados ao direito de mobilidade estão em total dissonância com os princípios da legislação infraconstitucional sobre o tema. A soberania, por exemplo, aparenta ser um princípio fundamental sobre o tema enquanto que o direito de mobilidade sequer é reconhecido, conforme dispõe o artigo 5º da *Ley de Etranjeria*<sup>32</sup> equatoriana:

Art. 5. (...)

A decisão de conceder, negar ou revogar um visto a um cidadão estrangeiro, não obstante o cumprimento dos requisitos legais e regulamentários, é faculdade soberana e discricionária do Poder Executivo, através dos organismos competentes

A *Ley de Migracion*, por sua vez, em seu artigo 3º, chega a reconhecer o direito do Estado equatoriano limitar o direito de equatorianos e estrangeiros de

---

<sup>32</sup> Disponível em <<https://www.oas.org/dil/Migrants/Ecuador/Ley%20N%C2%B0%202004-023%20del%20de%20noviembre%20de%202004,%20Ley%20de%20Extranjer%C3%ADa.pdf>> Acesso 10/07/2015.

emigrarem do Equador “caso as circunstâncias de ordem pública e segurança interna assim exigirem”<sup>33</sup>. Tal dispositivo, além de estar em inconformidade com a Constituição do Equador de 2008, ao não reconhecer o direito de imigrar para o Equador, está incongruente com o artigo 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos ao limitar o direito de emigrar de nacionais e estrangeiros que estejam em território equatoriano.

O artigo 40 da Constituição do Equador veda a identificação ou a consideração de um ser humano como ilegal, em razão de seu estado migratório. Poder-se-ia imaginar que o não reconhecimento de um ser humano como ilegal em razão de seu estado migratório implicaria na revogação das normas que proibissem a entrada de estrangeiros no Equador e no fim das deportações de estrangeiros que estejam em situação irregular em território equatoriano. Entretanto, a *Ley de Migracion* prevê o oposto: o artigo 9º enumera hipóteses em que é possível a vedação da entrada de estrangeiros e o artigo 19 elenca hipóteses em que é possível a deportação de estrangeiros que estejam irregularmente no Equador.

As contradições continuam: o artigo 20 da *Ley de Migracion* obriga os agentes de polícia do Serviço de Migração prenderem os estrangeiros que estiverem irregularmente em território equatoriano, ou seja, estrangeiros que incidam nas hipóteses em que é reconhecido a possibilidade de deportar estrangeiros (art. 19).

A fim de corrigir essa esquizofrenia legislativa, foi apresentado ao parlamento equatoriano, no dia 06 de junho de 2015, um projeto de lei com o escopo de regulamentar o direito de mobilidade em consonância com os princípios constitucionais<sup>34</sup>. O Presidente da República do Equador, Rafael Correa, afirmou que o presente projeto substituirá as leis caducas, discriminatórias e machistas da década de 70 que versam sobre o direito migratório<sup>35</sup>. Vale a pena acompanhar o trâmite do projeto de lei em tela e examinar como será feita a positivação dos princípios constitucionais sobre direito de mobilidade.

## 6. Conclusão

---

<sup>33</sup> Disponível em

<[http://www2.urjc.es/ceib/espacios/migraciones/instrumentos/ecuador/documentos/Ley\\_de\\_migracion.pdf](http://www2.urjc.es/ceib/espacios/migraciones/instrumentos/ecuador/documentos/Ley_de_migracion.pdf)> Acesso em 10/07/2015.

<sup>34</sup> Disponível em <<http://www.elciudadano.gob.ec/ecuador-tendra-una-nueva-ley-de-movilidad-humana/>> Acesso em 23/07/2015.

<sup>35</sup> Ibidem.

Ambos paradigmas não estão isentos de críticas: o paradigma internacional não é capaz de resolver os problemas migratórios atuais, e o paradigma defendido pela Constituição do Equador ainda não se encontra totalmente construído, uma vez que não existe legislação infraconstitucional sobre o tema com o escopo de concretizar os princípios constitucionais sobre mobilidade. Entretanto, a análise crítico-comparativa de ambos paradigmas nos possibilita criticar conceitos fundamentais que raramente têm suas legitimidades questionadas.

## 7. Bibliografia

ALARCÓN, Pietro. Direitos Humanos e Direitos dos Refugiados: a Dignidade Humana e a Universalidade dos Direitos Humanos como fundamentos para superar a discricionariedade estatal na concessão do refúgio. **Refúgio, Migrações e Cidadania**, Brasília, v. 8, n. 8, p.102, dezembro de 2013. Disponível em <[http://www.migrante.org.br/migrante/components/com\\_booklibrary/ebooks/caderno-debates-8.pdf](http://www.migrante.org.br/migrante/components/com_booklibrary/ebooks/caderno-debates-8.pdf)> Acesso em 02/07/2015

\_\_\_\_\_; DINIZ, Carlos Alberto. Estrangeiros e Inclusão Social: Uma análise com fundamento na universalidade dos direitos humanos e as intenções constitucionais. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 12, n.1, p. 43-62, jan-jun 2007. Disponível em <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/452/394>> Acesso em 02/07/2015.

ANDRADE, Sebastian González. *El refugiado por motivos sociales. A la puerta de una nueva categoría de refugiado. Los Derechos en la movilidad: del control a la protección*. 1º edição, novembro de 2009. Disponível em <[http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/7\\_Movilidad\\_Humana.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/7_Movilidad_Humana.pdf)> Acesso em 15/07/2015.

BAKER, Bryan; RYTINA, Nancy. **Estimates of the Unauthorized Immigrant Population Residing in the United States**. Disponível no link <[https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/ois\\_ill\\_pe\\_2012\\_2.pdf](https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/ois_ill_pe_2012_2.pdf)> Acesso em 30/06/2015.

HAYTER, Teresa. **Open Borders: the case against immigration controls**. London, Ann Arbor, MI, Pluto Press, 2004.



HO, Christine G.T.; LOUCKY, James. **Humane Migration: Establishing Legitimacy and Rights for Displaced People**. Boulder: Kumarian Press, 2012.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014.

SANDEL, Michael. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. 10<sup>o</sup> ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25<sup>o</sup> ed. rev . atual. São Paulo: Malheiros, 2005.