

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

MIGRACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Contenido

CARLOS RAMOS NUÑEZ	
<i>Presentación.....</i>	15

Migración y derechos fundamentales

LUIGI FERRAJOLI	
<i>Políticas contra los migrantes y crisis de la civilización jurídica.....</i>	29

FELIPE GONZÁLEZ MORALES	
<i>Los estándares internacionales sobre derechos humanos de la niñez migrante y la opinión consultiva de la Corte Interamericana.....</i>	53

GABRIEL GUALANO DE GODOY	
<i>Comunidade e seus outros - Comunidad y sus otros.....</i>	77

JAVIER DE LUCAS	
<i>Sobre migraciones y Constitución: Extranjeros e inmigrantes en la Constitución española de 1978.....</i>	99

MARÍA CONCEPCIÓN TORRES DÍAZ	
<i>El derecho de asilo en los casos de trata con fines de explotación sexual: análisis jurisprudencial desde una visión sensible al género.....</i>	113

ISABEL BERGANZA SETIÉN	
<i>Las personas venezolanas en Perú: entre la perspectiva de los derechos humanos y la seguridad.....</i>	165

JOSÉ KOECHLIN	
<i>Migración venezolana al Perú.....</i>	189

CARMEN PÉREZ GONZÁLEZ	
<i>Migraciones y Constitución española.....</i>	211

Discurso

GABRIEL GUALANO DE GODOY

<i>Premio Regional de Sentencias sobre Acceso a la Justicia para Personas Migrantes y Refugiadas en las Américas.....</i>	233
---	-----

Entrevista

JAVIER ADRIÁN

<i>Entrevista al profesor Manuel Atienza.....</i>	241
---	-----

Miscelánea

CLAUDIO NASH ROJAS

<i>La violencia sexual contra las mujeres ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El largo camino desde la invisibilización a una protección integral.....</i>	269
--	-----

MARTHA CECILIA PAZ

<i>Propuesta para una nueva jurisprudencia. Colombia frente al caso Artavia.....</i>	305
--	-----

CARMEN MONTESINOS PADILLA

<i>Estabilidad presupuestaria, déficit público y medidas anti crisis. El impacto de la política económica europea en la doctrina del Tribunal Constitucional español en materia de derechos sociales.....</i>	335
---	-----

JOSÉ VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE

<i>Algunos sentidos de derrotabilidad.....</i>	365
--	-----

LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ

<i>Rol del Tribunal Constitucional peruano en materia laboral y previsional.....</i>	393
--	-----

Jurisprudencia comentada

OMAR CAIRO ROLDÁN

<i>La cuestión de confianza y el Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 0006-2018-PI/TC.....</i>	421
--	-----

NADIA IRIARTE PAMO

<i>Derechos de los migrantes. Comentario a la STC 02744-2015-PA/TC.....</i>	431
---	-----

MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE	
<i>La violencia contra las mujeres. Un problema de relevancia constitucional.</i>	
<i>Comentario a la STC 05121-2015-PA/TC.....</i>	443

SUSANA TÁVARA ESPINOSA	
<i>El criterio jurisprudencial en materia de intereses moratorios en la</i>	
<i>jurisprudencia del Tribunal Constitucional.</i>	
<i>Comentario a la STC 04532-2013-PA/TC.....</i>	453

Reseñas

NATALINA STAMILE	
<i>La letra de la ley. Historia de las constituciones del Perú.....</i>	461

MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE	
<i>Jurisprudencia relevante del Tribunal de Garantías Constitucionales.....</i>	467

CAMILO SUÁREZ LÓPEZ DE CASTILLA	
<i>El hábeas corpus en la actualidad. Posibilidades y límites.....</i>	473

Comunidade e seus outros Comunidad y sus otros

 GABRIEL GUALANO DE GODOY*

Sumario

I. Cosmopolitismo Liberal. **II.** Condições da Hospitalidade. **III.** Direito a Ter Direitos. **IV.** Considerações Críticas ao Cosmopolitismo Liberal.

Resumen

En un diálogo con las teorías contemporáneas de la democracia, Seyla Benhabib propone un debate sobre la idea de pertenencia a una comunidad política y membresía justa. Desde una perspectiva normativa, Benhabib cuestiona la definición de quiénes serían los miembros de una comunidad política y cuáles son los criterios de juicio moral que las llamadas democracias liberales han utilizado para definir quiénes son sus ciudadanos. El resultado del trabajo de Benhabib parece relevante para ofrecer una base teórica para la recepción de solicitantes de asilo, refugiados y apátridas, mientras que sirve como la síntesis de un modelo de cosmopolitismo liberal. Este texto pretende abordar los argumentos centrales de Benhabib, para, en un segundo movimiento, discutirlos críticamente.

Palabras clave

Cosmopolitismo, hospitalidad, ciudadanía, asilo, apátrida.

* Advogado, Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); Mestre em Direito e Sociedade pela London School of Economics and Political Science (LSE); Doutor em Teoria do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

Abstract

In a dialogue with contemporary theories of democracy, Seyla Benhabib proposes a debate on the idea of just membership to a political community. From a normative perspective, Benhabib questions the definition of who would be the members of a political community and what are the moral judgment criteria that the so-called liberal democracies have used to define who are their citizens. The result of Benhabib's work seems relevant to offer a theoretical basis for the reception of asylum seekers, refugees and stateless persons, while serving as the synthesis of a liberal cosmopolitanism model. This paper intends to approach Benhabib's central arguments, for, in a second movement, discuss them critically.

Keywords

Cosmopolitanism, hospitality, citizenship, asylum, statelessness.

I. Cosmopolitismo Liberal

78

Em um diálogo com teorias contemporâneas da democracia, Seyla Benhabib propõe um debate sobre a ideia de pertencimento justo a uma comunidade política. A partir de uma perspectiva normativa, Benhabib problematiza a definição de quem seriam os membros de uma comunidade política e quais seriam os critérios de julgamento moral que as chamadas democracias liberais têm utilizado para definir quem são os seus cidadãos e em que medida os outros de uma comunidade podem ser acolhidos. O resultado do trabalho de Benhabib parece relevante por oferecer base teórica para o reconhecimento de solicitantes de asilo, refugiados e apátridas, ao mesmo tempo em que serve de síntese de um modelo de cosmopolitismo liberal.

A imigração coloca em evidência a colisão direta entre o direito dos indivíduos de atravessar fronteiras, na esteira dos artigos 13 e 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e o direito ao autogoverno de uma comunidade política, nos termos do artigo 21 da mesma Declaração ¹. Ou seja, o direito de um cidadão deixar seu país de

¹ No campo dos direitos humanos existe claramente um direito universal do indivíduo de

origem não garante que outro Estado vá aceitar seu ingresso e permanência; nesse novo território, esse sujeito migrante, por ser não cidadão, será estrangeiro, será o outro dessa comunidade.

O sistema de proteção internacional (que para os juristas inclui o Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados) favorece esses dois princípios, mas não é capaz de reconciliá-los de maneira adequada na prática. Em uma época na qual a soberania do Estado nos domínios econômico, militar e tecnológico parece sofrer erosão e as fronteiras nacionais começam a ser vistas como mais permeáveis aos estrangeiros, os direitos dos não cidadãos seguem em risco e continuam a ser utilizadas normativas, tecnologias de poder e um gerenciamento policial baseado na ideia de segurança nacional para manter afastados de uma comunidade aqueles que ocupam o lugar do «outro», entre eles solicitantes de asilo, refugiados e apátridas². Nessa linha de raciocínio, passa-se a problematizar o tema a partir do discurso paradigmático que pretende resolvê-lo: o do cosmopolitismo liberal. Como representante dessa matriz de pensamento

xar sua comunidade de origem, o que não lhe garante, em contrapartida, garantia de ingresso e permanência com o mesmo *status* em outro Estado:

«Artigo 13º:

Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado.

Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país.

Artigo 14º:

Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de se beneficiar de asilo em outros países.

[...] Artigo 21º

Toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direção dos negócios, públicos do seu país, quer diretamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos.

Toda a pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país.

A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos: e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto».

² O conceito jurídico de refugiado protege pessoas que cruzaram fronteira internacional para fugir de perseguição, conflitos armados e graves violações de direitos humanos. Ele está positivado no art. 1º da Convenção de Genebra de 1951 Relativa a *Status* dos Refugiados, bem como na lei brasileira de proteção a refugiados, nº 9474/1997, como se lê a seguir: «Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país».

O conceito de apátrida aparece no art. 1º, §1º da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, que considera como apátrida pessoa não reconhecida como nacional de nenhum Estado: «Para os efeitos da presente Convenção, o termo 'apátrida' designará toda pessoa que não seja considerada seu nacional por nenhum Estado, conforme sua legislação».

será analisado o livro, ainda sem tradução para o português, *The rights of others*³, de Seyla Benhabib.

A autora defendeu o federalismo cosmopolita como solução teórica exatamente para a dualidade existente entre o liberalismo, entendido como filosofia universalista dos direitos individuais, e a soberania do *demos*, ou seja, soberania de uma comunidade política democrática, que, por definição, requer a sua própria delimitação. As leis do *demos* são feitas por um povo e afetam apenas os membros de uma comunidade política determinada, ou seja, seus cidadãos; sendo assim, o paradigma do *demos* estaria vinculado com os direitos de cidadania, mas não necessariamente com os direitos universais.

A reflexão da Professora da Universidade de Yale merece particular atenção por ser um esforço filosófico de fundamentação da proteção dos direitos de estrangeiros como os outros de um certo Estado. Em um diálogo com teorias contemporâneas da democracia, Benhabib propõe um debate sobre a ideia de pertencimento justo a uma comunidade política (*just political membership*). A partir de uma perspectiva normativa, Benhabib problematiza a definição de quem seriam os membros de uma comunidade política e quais seriam os critérios de julgamento moral que as chamadas democracias liberais têm utilizado para definir quem são os seus cidadãos. Trata-se de uma releitura de Immanuel Kant e Hannah Arendt para oferecer base teórica para a acolhida de solicitantes de asilo, refugiados e apátridas.

Ao recuperar a abordagem de Hannah Arendt sobre o direito a ter direitos, Benhabib investiga o paradoxo relativo aos direitos humanos serem reconhecidos e protegidos apenas em virtude de serem direitos do cidadão. Indivíduos que não têm acesso à cidadania seriam excluídos do *demos* e terminariam em uma situação de absoluta vulnerabilidade. Arendt percebe que a figura do Estado-nação e as definições essencialistas de comunidade política seriam responsáveis por esse drama.

Na tentativa de construir sua alternativa, Benhabib sustenta que o direito a ter direitos, entendido como direito de cidadania, não deve ser deixado ao arbítrio dos Estados. Vale dizer: o direito a ter direitos não deve

³ Seyla BENHABIB, *The Right of Others: Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

excluir uma reflexão moral. Entretanto, Benhabib não se posiciona em defesa da cidadania global, mas em defesa de uma perspectiva cosmopolita de cidadania.

Benhabib assume um diálogo com as correntes neokantianas de pensamento sobre justiça global. No entanto, ela percebe certo déficit democrático dessas propostas. De acordo com Benhabib, as teorias neokantianas evitam o problema da reivindicação por estrangeiros de pertencimento a uma comunidade política diferente.

Ao se deparar com as mudanças no campo da cidadania experimentadas pela União Europeia e pelos Estados Unidos da América, Benhabib afirma que a «desagregação da cidadania» ainda está longe de ser considerada como uma verdadeira expressão do cosmopolitismo, mas espera que essa seja a janela para um futuro próximo. Ao analisar os contextos europeu e estadunidense, a solução a ser esboçada ilustra a necessidade de diálogo constante, de iterações democráticas, no sentido de repetição democrática, ou, em sua expressão original, *democratic iterations*. Isso a permite reelaborar o próprio conceito de cidadania: reapropriar-se da origem de um conceito significa que a cada repetição democrática pode ser rearticulada a ideia anterior de cidadania ao ponto em que uma forma de variação emerge.

81

Trata-se de uma aposta na perspectiva cosmopolita de cidadania. A noção de iterações democráticas é um conceito-chave de Benhabib, que segue de perto a teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas, para quem os direitos humanos são definidos a partir da dinâmica de comunicação entre os seres implicados no discurso. Seguindo tal pensamento, as pessoas devem justificar e discutir, assim como ouvir os «outros», no momento de definir seus direitos. A cidadania, nessa perspectiva, deve construir-se e reconstruir-se a si própria por meio da prática comunicativa⁴.

Para Benhabib, o federalismo cosmopolita seria a chave teórica que permitiria escapar às dificuldades de ordem democrática ainda presentes na proposta de um «governo mundial». O federalismo cosmopolita mantém

⁴ Benhabib propõe uma «política jusgenerativa» (*jusgenerativepolitics*) como sinal de um espaço de interpretação e intervenção entre normas transcendentais e a vontade das maiorias democráticas. Seyla BENHABIB, *The Right of Others: Aliens, Residents and Citizens*, Op. Cit., p. 131.

tanto a diversidade de comunidades políticas democráticas como seu nexo com o respeito devido aos direitos humanos (e, assim, o devido respeito ao direito de cidadania). Nesse sentido, a definição de si apresentada por uma comunidade política não deve fugir à responsabilidade moral para com as pessoas em geral, sejam ou não consideradas como cidadãs. Tampouco pode ser evitado o diálogo aberto com aqueles outros que buscam ingressar em uma comunidade política. Por fim, Benhabib defende que as fronteiras dos Estados resultem de fato mais porosas.

Por essa razão, a comunidade política, para Seyla Benhabib, não deve confundir *ethnos* com *demos*, ou seja, a comunidade não deve permitir que sua definição de si mesma seja essencialista, criticando dessa forma a estática do nacionalismo cultural.

Em certa medida, o pensamento de Benhabib parece em sintonia com a defesa habermasiana de um patriotismo constitucional, resultando em um esforço importante para uma concepção não homogênea de *demos* e para a fundamentação da proteção devida pelos Estados aos estrangeiros, entre eles solicitantes de asilo, refugiados e apátridas.

II. Condições da Hospitalidade

Immanuel Kant situou as condições da hospitalidade universal no âmbito do Direito Cosmopolita, aquele cujas relações são estabelecidas entre indivíduos e Estados estrangeiros ⁵. Inaugura-se, com isso, um novo campo do Direito, diferente do direito público (pois o direito público interno regula as relações entre Estado e cidadãos) e do direito internacional (ou direito público externo, que regula as relações entre os Estados).

No texto político de Kant «Para a paz perpétua: um esboço filosófico», ressaltam-se três condições definitivas para haver paz duradoura entre os Estados. A primeira condição é que a Constituição Civil de cada Estado deve ser republicana. A segunda é que o Direito das Gentes (ou das Nações) deve ser fundado em um Federalismo de Estados livres.

⁵ *Ibíd.*, p. 25.

Por último, o Direito Cosmopolita deve restringir-se às condições da hospitalidade universal⁶. Esse ponto é fundamental, pois, por exemplo, para Celso Lafer, a hospitalidade universal é um princípio de *jus cogens*, uma norma peremptória de Direito Internacional. Desse modo, há uma relevância em retornar a esse dever de hospitalidade para pensar a prática dos direitos humanos no Brasil.

De acordo com Kant, a hospitalidade⁷ deve ser encarada como um direito, não como filantropia. No sentido kantiano, hospitalidade é o direito de um estrangeiro, apesar de não ser cidadão, não ser tratado de forma hostil, ou seja, como inimigo. A hospitalidade kantiana aparece definida como o «direito de um estrangeiro, por conta de sua chegada à terra de um outro, de não ser tratado hostilmente por esse»⁸. Logo, em Kant existe uma defesa de um direito de visita, de um direito do estrangeiro à residência temporária num outro Estado. Essa observação acompanha uma reflexão de Kant sobre a expansão ultramarina e a busca de novos mercados por diferentes países da Europa, pois *ius cosmopoliticum* «tem a ver com a possível união de todas as nações com vistas a certas leis universais para o possível comércio entre elas»⁹. Mercantilismo, cosmopolitismo e colonialismo parecem possuir uma afinidade, um ponto de articulação.

Seyla Benhabib retorna ao *ius visitationis* formulado por Kant para argumentar que os estrangeiros devem ter não apenas o direito de estabelecer contato com a população de um outro Estado, mas também o direito de reivindicar sua permanência, dadas certas condições. Logo, fica claro desde o início que Benhabib se situa dentro de uma perspectiva condicionada do direito de hospitalidade. O direito de um visitante não ser tratado de forma hostil é retomado por Benhabib, que demonstra como o *status* de visitante permanente é um privilégio especial que a soberania republicana pode consagrar a certos estrangeiros que habitam seu território, realizam determinadas funções, representam suas entidades políticas e se comprometem a um acordo de longo prazo. Para Benhabib, não fica claro

⁶ Immanuel KANT, *A paz perpétua*, tradução de J. Guinsburg, Perspectiva, São Paulo, 2004, p. 50.

⁷ Seyla BENHABIB, *The Right of Others: Aliens, Residents and Citizens*, *Op. Cit.*, p. 25.

⁸ Immanuel KANT, *A paz perpétua*, tradução de Marco Zingano, Porto Alegre, L&PM, 2011, p. 37.

⁹ Immanuel KANT, *A metafísica dos costumes*, tradução de Edson Bini, Bauru, Edipro, 2008, p. 194.

no discurso de Kant se as relações entre pessoas e nações envolvem atos excessivos, que vão além do dever moral, ou se implicam um certo tipo de reivindicação moral sobre o reconhecimento dos direitos da humanidade na pessoa do outro.

O argumento utilizado pelo filósofo alemão para justificar o direito de todo homem de se apresentar perante uma outra sociedade estaria baseado em um direito de propriedade comum da Terra. Como a superfície da Terra não é ilimitada, os conceitos do Direito de um Estado e do Direito das Nações levam Kant ao conceito de um Direito Cosmopolita. Dessa maneira, seria injusto negar o direito de hospitalidade, desde que fosse possível concedê-lo de forma pacífica e sem prejudicar a vida e o bem-estar dos habitantes nativos e o próprio Estado. Porém, todo latino-americano sabe muito bem as implicações desse ponto de vista e as consequências do direito de hospitalidade em um contexto que culmina não em intercâmbio comercial, mas em colonização.

Kant visava a uma condição de mundo em que seres humanos pudessem integrar uma ordem civil, numa condição legal de pertencimento. Ampliando esse modelo, Kant chegou a pensar em algo como um «congresso permanente de Estados», em que uma coalizão voluntária de Estados permitiria o exercício de cidadania dentro de comunidades delimitadas¹⁰.

O projeto de paz perpétua kantiano contribuiu para a visualização de duas concepções distintas de soberania, praticamente impulsionando a transição de uma para outra: do regime soberano de Westfália para um modelo internacional baseado na ideia liberal de soberania. O primeiro modelo prevê os Estados como sendo livres e iguais. Há uma autoridade que se sobrepõe aos sujeitos dentro de um território delimitado, mas as relações entre outros Estados soberanos são estabelecidas de forma voluntária, com base nas alianças e afinidades. O segundo modelo diz que a igualdade formal entre os Estados requer princípios e valores comuns, tais como o respeito aos direitos humanos e ao Estado de Direito, bem como o

¹⁰ Immanuel KANT, *A metafísica dos costumes*, *Op. Cit.*, p. 193. Para que o Estado seja republicano, é preciso respeitar algumas condições: a liberdade *a priori* dos membros de uma sociedade (enquanto homens); a igualdade jurídica entre todos os membros de uma comunidade (enquanto cidadãos), e uma única legislação comum (a Constituição republicana).

respeito à autodeterminação democrática¹¹.

De acordo com Benhabib, quando a soberania de um Estado-nação viola os direitos humanos de parte de sua população, fala-se em um tipo de obrigação moral generalizada para repreender essas ações. Ampliando esse raciocínio, Benhabib buscou propor que o direito ao pertencimento ou associação seja considerado um direito humano, exatamente segundo os princípios de uma moral universalista.

Nas democracias modernas, os direitos de seus cidadãos repousam sobre os direitos do homem. Tais Estados atuam em nome dos princípios universais que se encontram limitados a uma determinada comunidade civil¹². Sob o regime de autogoverno, cada um seria, ao mesmo tempo, autor das leis e sujeito a elas.

Benhabib admite que sempre haverá conflitos na história do pensamento político, ou seja, divergências entre liberalismo e democracia, e até mesmo entre constitucionalismo e soberania popular. Isso porque a intenção dos liberais é vincular a vontade soberana a uma lista de direitos humanos por meio de um compromisso prévio. Já os democratas defendem a necessidade de renegociação e reinterpretação dos direitos pelo povo soberano. Este paradoxo da legitimidade democrática possui a lógica de que cada ato de autolegislação também seja um ato de autoconstituição.

Conforme Benhabib, mesmo em um regime democrático, os membros plenos de uma organização soberana se distinguem dos outros que estão sob proteção, mas que não gozam de todos os direitos.

Para Kant, a cidadania está ligada à liberdade natural, igualdade jurídica e independência civil. Uma comunidade civil é composta por indivíduos que possuem cidadania «ativa» e «passiva»¹³. Contudo, no sistema kantiano, mesmo que um cidadão passivo não tenha independência civil, sua condição de liberdade e igualdade como humano impõe que sua vontade também encontre reflexo na lei, pois «somente a vontade geral

¹¹ Seyla BENHABIB, *The Right of Others: Aliens, Residents and Citizens*, Op. Cit., pp. 40-41.

¹² *Ibidem*, p. 43.

¹³ Immanuel KANT, *A metafísica dos costumes*, Op. Cit., p. 157.

unida do povo pode legislar»¹⁴.

De acordo com Benhabib, os estrangeiros representariam hoje um grupo que não usufrui de todos os direitos de um cidadão¹⁵. Para ela, uma democracia liberal deve atenuar esse problema mediante renegociação e reiteração democrática de compromissos com os direitos humanos. Essa seria, para a autora, a melhor solução para uma fundamentação dos direitos dos outros de uma comunidade.

Lendo Kant, tudo se passa como se o estrangeiro gozasse do direito de hospitalidade apenas como visitante (*Besucher*), mas não como hóspede (*Gast*). Vale a pena sublinhar que essas duas palavras em alemão são usados em geral como sinônimos, o que faz com que seja difícil separar para quem o direito de hospitalidade realmente se endereça. *Besuchsrecht* seria o direito de «permanência temporária» de um indivíduo em um país estrangeiro, e *Gastrecht* o «direito de ser um visitante permanente»¹⁶.

86

Seguindo tal linha de pensamento, Benhabib procura analisar a fronteira entre esses direitos se perguntando se seria possível que um visitante se tornasse um membro político de um governo republicano. Para ela, hóspedes (*guests*) deveriam ser igualmente autorizados pelo direito de associação, assim como os visitantes são autorizados pelo direito de hospitalidade. Ambos deveriam ser considerados como direitos humanos universais da moralidade.

Mas se na prática «país a ser visitado» e «país anfitrião» implicam responsabilidades diferentes dos Estados, essa questão se torna problemática, especialmente quando os estrangeiros indocumentados – ou seja, aqueles que só teriam direito à visita – desfrutam de serviços e direitos que somente os hóspedes teriam.

Nessa linha de raciocínio, a aplicação do Direito dos Refugiados demonstra como os Estados ainda oferecem a admissão meramente temporária para um estrangeiro não esperado (visitante), e admissão

¹⁴ *Ibidem*, p. 156.

¹⁵ Seyla BENHABIB, *The Right of Others: Aliens, Residents and Citizens*, *Op. Cit.*, pp. 46-47.

¹⁶ *Ibidem*, p. 27-29.

potencialmente permanente somente ao estrangeiro convidado (hóspede).

O percurso de Benhabib exigiu-lhe um retorno a Kant para uma articulação entre o direito de hospitalidade e a possibilidade de reivindicação por parte de estrangeiros de um critério justo de pertencimento político a outro Estado. Isso fez com que ela pudesse mobilizar uma defesa da ideia de cidadania cosmopolita, sem a necessidade de se comprometer com uma ampliação do próprio direito de hospitalidade, que não pode ser oposto pelo estrangeiro contra a soberania do Estado de acolhida. Ou seja: Benhabib logrou inserir o critério de pertencimento justo como debate necessário para uma teoria normativa da justiça aberta aos outros de um Estado. Contudo, seus argumentos ainda não reconciliam plenamente soberania e direitos humanos, e advogam a favor de um conceito limitado de hospitalidade, uma hospitalidade condicional¹⁷.

III. Direito a Ter Direitos

Benhabib também precisou retornar à Hannah Arendt para articular o fim do modelo de Westfália com uma reflexão sobre «o direito a ter direitos». Assim ela pode oferecer uma comparação entre as discussões de Kant e Arendt relacionadas aos conflitos inerentes às relações internacionais entre Estados.

87

Segundo Hannah Arendt, «Esta nova situação, na qual a ‘humanidade’ assumiu de fato um papel antes atribuído à natureza ou à história, significaria nesse contexto que o direito de ter direitos, ou o direito de cada indivíduo de pertencer à humanidade, deveria ser garantido pela própria humanidade»¹⁸.

Os fenômenos do mal político, dos refugiados e apátridas representariam um dos problemas mais preocupantes do século XX. A decadência do sistema de Estados-nação na Europa, muito claro durante as duas Guerras Mundiais, foi radicalmente afetada pelo totalitarismo. Para Arendt, o fenômeno da apatridia exemplifica a perda de todos os

¹⁷ Seyla BENHABIB, *The Right of Others: Aliens, Residents and Citizens*.

¹⁸ Hannah ARENDT, *As origens do Totalitarismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 1989, p 332.

direitos, não só de cidadania, como também dos direitos humanos mais fundamentais, culminando em uma perda da própria humanidade do homem.

Na intenção de colonizar a África, as nações europeias violaram todos os limites morais que normalmente regulariam o exercício do poder. Para Arendt, a destruição do consentimento dos cidadãos se deu por meio de decisões administrativas encobertas e manipulações imperialistas, da fragilidade dos princípios de direitos humanos para governar as relações entre os seres humanos e da instrumentalização do Estado-nação para a ganância das classes burguesas.

Com a dissolução de impérios multiétnicos e multinacionais, surgiram os Estados-nação, que não contavam com homogeneidade religiosa, linguística, nem cultural. Houve vários acordos elaborados com diversos governos que se comprometiam a garantir igualdade civil e política, a liberdade cultural e econômica e tolerância religiosa às minorias, àqueles outros dentro do Estado. Porém, não ficou clara a definição de minoria nacional, e, conseqüentemente, à medida que os Estados eram sucedidos por outros, a proteção desses direitos deixava de ser aplicada.

Práticas de desnaturalização e desnacionalização em massa contra minorias consideradas indesejáveis acarretaram discórdia e sucessivas crises políticas dentro do sistema da Liga das Nações, acirrando-se os conflitos emergentes entre minorias nacionais, e a hipocrisia na aplicação pelos Estados dos tratados de minorias. Como consequência desse cenário turbulento, milhões de pessoas passaram a ser apátridas e refugiadas.

Arendt denomina direito a ter direitos exatamente aquele direito que cada indivíduo tem de pertencer à humanidade¹⁹. Para Benhabib, o uso do termo «direito» pode servir para invocar um imperativo moral, por exemplo, no caso de um direito moral ao pertencimento ou um tratamento compatível. O termo «direito» também pode ter uso jurídico-civil, o que pressupõe uma relação triangular entre a pessoa que tem direito aos direitos, os demais sobre os quais esta obrigação cria um dever, e a proteção dessa reivindicação de direitos e sua aplicação, por meio de algum órgão

¹⁹ Hannah ARENDT, *As origens do Totalitarismo*, Op. Cit.

competente²⁰.

O reconhecimento do pertencimento é garantido pela própria humanidade do sujeito, mesmo que estrangeiro. Em uma leitura de Kant, essa obrigação é moral, pois ela legitima o dever de um indivíduo ser tratado pelos demais conforme os padrões de dignidade humana: todo homem é um fim em si mesmo. É isso que está no fundo dos direitos fundamentais.

Para Benhabib, o direito da humanidade na pessoa do outro requer um dever recíproco de admissão na sociedade civil e aceitação da liberdade limitada pela legislação civil, de forma que haja uma compatibilidade da liberdade de cada indivíduo, sob uma lei universal.

Articulando os pensamentos de Kant e Arendt, Benhabib defende a possibilidade de reivindicação por parte de um estrangeiro de tornar-se membro de uma comunidade e, conseqüentemente, ter direitos civis, sendo julgado igualmente por suas ações e opiniões²¹.

O sistema do Estado-nação gerou injustiças e exclusão porque as tensões entre os direitos humanos e o princípio da soberania nacional são constitutivas desse modelo. Arendt critica o nacionalismo ao dizer que se trata de um pensamento pré-político, pois quanto mais as ideologias nacionalistas destacam aspectos da identidade que precedem a política, mais a igualdade dos cidadãos se fundamenta na semelhança presumida²².

Arendt reconheceu a existência de limitações do Estado-nação ao criticar a vontade de se pensar em uma nação homogênea. Para que o Estado pudesse alcançar a verdadeira soberania democrática e assegurar uma justiça para além das fronteiras, era necessário superar o modelo de Estado homogêneo e centralizado. Para Benhabib, Arendt não seguiria o modelo do Estado-nação para analisar o processo de constituição das comunidades democraticamente soberanas. De acordo com Benhabib, deve levar-se em consideração a formação do povo democrático em seu processo histórico-cultural contínuo, assim como a experimentação reflexiva com a

²⁰ Seyla BENHABIB, *The Right of Others: Aliens, Residents and Citizens*, Op. Cit.

²¹ *Ibidem*.

²² Hannah ARENDT, *As origens do Totalitarismo*, Op. Cit.

identidade coletiva em um processo de iterações democráticas²³.

Partindo desse pressuposto, Benhabib acredita que houve grandes avanços no Direito Internacional em relação à descriminalização dos movimentos migratórios, com destaque à inclusão de pessoas que fogem de injustiça ou de perseguição em seus países de origem nos sistemas de proteção internacional aos refugiados e apátridas. Para Benhabib, o direito a ter direitos é o reconhecimento do estatuto universal da personalidade de cada ser humano, independentemente de sua nacionalidade. Isso garante a fundamentação da proteção devida a solicitantes de asilo, refugiados e apátridas.

Tanto Immanuel Kant quanto Hannah Arendt se depararam com o mesmo problema conceitual envolvendo reivindicações morais universalistas. Em síntese: ele justificou o dever moral ligado à garantia de acolhida do estrangeiro, ou o direito de hospitalidade, e ela demonstrou como a perda da comunidade impactou a própria humanidade do homem, ou seu direito a ter direitos.

90

Em relação ao direito humano ao pertencimento, tanto Kant quanto Arendt podem ser relidos como autores que tentaram, mas não conseguiram chegar a uma solução que acomode o dilema entre os cidadãos e os não cidadãos. No entendimento de Seyla Benhabib, há meios de corrigir as desigualdades econômicas, sociais e culturais sem a necessidade de um Estado recusar-se a acolher estrangeiros. As democracias liberais devem aceitar o processo de naturalização, ou seja, admitir a reivindicação da cidadania. Para Benhabib, é possível estipular alguns critérios para essa adesão²⁴. Nessa linha de pensamento, os apátridas e refugiados não podem ser tratados como um grupo de indivíduos impedidos permanentemente de se associarem a uma comunidade política

Assim como não se pode permitir que indivíduos se tornem voluntariamente apátridas, um Estado soberano não pode negar perpetuamente pertencimento. Pode-se estipular certos critérios de pertencimento, mas não do tipo que faça com que os outros terminem permanentemente barrados de se tornarem membros de sua

²³ Seyla BENHABIB, *The Right of Others: Aliens, Residents and Citizens*, *Op. Cit.*

²⁴ *Ibidem.*

comunidade política. Os regimes teocráticos, autoritários, fascistas e nacionalistas o fazem, mas as democracias liberais não o deveriam²⁵.

A autora sustenta que o direito fundamental de liberdade de comunicação permite justificar o direito humano ao pertencimento e interferir em políticas que acarretem desnaturalização.

De acordo com a tradição liberal, o direito de deixar um país de origem ou de emigrar é um direito natural fundamental, pois o ser humano é um ser autônomo e tem o direito de aceitar ou rejeitar tais pré-condições do exercício de sua liberdade. Como os cidadãos são livres, o Estado liberal não pode tornar impossíveis as condições de saída – como negar emissão de passaporte, visto ou imposição de taxas de saída abusivas. Aqui está a fundamentação liberal para o direito de migrar, tão discutido hodiernamente.

Historicamente, são múltiplas as causas da migração: pobreza, conflitos, desastres naturais; e o resultado disso pode implicar o aumento do número de deslocados, solicitantes de asilo, refugiados. Segundo Benhabib, Estados têm mais liberdade para determinar as condições de entrada de imigrantes do que quando se trata de refugiados e asilados²⁶. Em geral, as nações têm obrigações morais para com as pessoas em situação de refúgio e asilo; já as signatárias da Convenção de Genebra de 1951 sobre o *Status* de Refugiado têm deveres legais. Esse é exatamente o caso do Brasil, que é parte do tratado e tem legislação específica sobre a matéria.

Nenhum indivíduo pode ser impedido de aderir permanentemente a uma comunidade sem fundamento. Para Benhabib, há critérios que envolvem certas qualificações, habilidades e recursos para determinar se o indivíduo pode tornar-se membro, sem negar sua liberdade comunicativa. As condições mais relevantes são duração da estada, competência linguística, habilidades laborais e financeiras. A reivindicação de um direito de ingresso e de pertencimento por um outro em geral implica, de modo correlato,

²⁵ *Ibidem*, p. 135: «Just as you cannot render individuals stateless at will, nor can you, as a sovereign state, deny them membership in perpetuity. You may stipulate certain criteria of membership, but they can never be of such a kind that others would be permanently barred from becoming a member of your polity. Theocratic, authoritarian, fascist, and nationalist regimes do this, but liberal democracies ought not to».

²⁶ Seyla BENHABIB, *The Right of Others: Aliens, Residents and Citizens*, *Op. Cit.*

uma vontade de saber do Estado em relação a esse estrangeiro que está buscando adesão. Para Benhabib, as condições de naturalização devem ser feitas com um procedimento transparente e disponível para todos, no qual não haja criminalização do indivíduo e sim, a garantia de um devido processo.

O direito ao pertencimento, com Benhabib, implica respeito aos direitos civis e políticos como direitos humanos. Benhabib sugere que o direito ao pertencimento vai além da legislação específica de cidadania de um país²⁷.

Há inúmeras variações de organização do poder em povos democráticos. Do ponto de vista moral, Benhabib acredita que seria censurável a ausência de um procedimento para estrangeiros se tornarem cidadãos plenos, isto é, se a naturalização não fosse permitida haveria violação ao direito humano de associação. Alguns governos podem exigir exame de idioma por escrito ou oral, outros podem exigir um período mínimo de residência.

Sendo assim, esse direito humano não é apenas um dever moral abstrato, porque tem sido incorporado, cada vez mais, em regimes existentes por meio de várias práticas e instituições. Conforme Benhabib, diante do nível de integração dos não cidadãos em regimes de direitos, a cidadania nacional deixou de ser a única base para a atribuição de direitos.

Benhabib, ao analisar as transformações contemporâneas referentes à cidadania, tanto na Europa quanto nos Estados Unidos da América, ainda nota contradições. Por um lado, afirma-se a importância da cidadania nacional; mas, por outro, minimiza-se a distinção entre o estatuto legal dos cidadãos e estrangeiros. Isso tem como consequência a desagregação do modelo unitário de cidadania. Para ela, seria mais interessante apreciar a natureza contraditória do presente se houver uma ideia mais clara das transformações institucionais atuais no domínio dos direitos de associação, ou pertencimento. Essa reflexão, que ainda guarda uma perspectiva «euroamericana», parece ser interessante também no contexto do Mercosul, em que a circulação de cidadãos dos países do bloco foi permitida e o

²⁷ *Ibidem*.

acesso a um procedimento de residência permanente facilitado²⁸.

Quando Benhabib pensa no «direito dos outros», ela percebe os riscos de uma sociedade teoricamente mais porosa e aberta aos estrangeiros se não lhes forem garantidos na prática também o acesso aos direitos políticos²⁹.

Ademais, Benhabib frisa que, apesar de todos os avanços e desenvolvimentos, solicitantes de asilo ainda se deparam com a negação do direito a ter direitos. Por exemplo: apesar do disposto no artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais de proteger a vida, liberdade e propriedade dessas pessoas, os direitos de mobilidade, emprego e de associação continuam sendo cerceados, gerando-se uma total dependência da vontade do Estado soberano para a concessão mesmo de permanência temporária a refugiados.

Ao comentar a desagregação da cidadania nos Estados Unidos da América³⁰, Benhabib relembra que muitos imigrantes, principalmente irregulares, ingressam nas forças armadas e põem em risco suas vidas com o intuito de conseguir cidadania estadunidense.

93

A morte de vários estrangeiros que se tornaram militares levou à proposição de projetos para lhes conceder cidadania póstuma, beneficiando, em alguns casos, seus cônjuges e filhos. Alguns legisladores sugeriram a concessão imediata aos migrantes integrantes das forças armadas e outros sugeriram o estabelecimento de um prazo mínimo para o processo. Contudo, parece extremamente complicado um modelo de cidadania em que aqueles indivíduos dispostos a morrer por um país consigam apenas *post mortem* o reconhecimento de seu pertencimento àquela comunidade política³¹.

De acordo com Benhabib, ao contrário de exemplos da União

²⁸ Seyla BENHABIB, *The Right of Others: Aliens, Residents and Citizens*, Op. Cit.

²⁹ *Ibidem*, p.146.

³⁰ Seyla BENHABIB, *The Right of Others: Aliens, Residents and Citizens*, Op. Cit., pp. 213-221.

³¹ *Ibidem*, p. 214: «Those who carry out the ultimate sacrifice for the democratic people by giving their lives for it are not always its members in good standing».

Europeia, a desagregação norte-americana não está ligada ao direito de voto para residentes legais. A concepção de cidadania, para os estadunidenses, permanece notavelmente unitária no nível da concessão de direitos políticos, por considerarem a naturalização uma condição prévia para voz política³².

A globalização, na medida em que aumenta a intensidade e a interconexão das ações humanas em todo o mundo, resulta na criação de novas situações e novas lógicas de representação³³.

Há uma ligação fundamental entre autogoverno democrático e representação territorial. Isso se dá porque as democracias promulgam leis que deveriam vincular àqueles legitimamente autorizados; a legitimidade democrática não pode se estender para além do *demos*, circunscrito nele mesmo como um povo soberano sobre um determinado território. Num ideal de democracia sempre haverá diálogo controverso entre *demos* e outras organizações representativas sobre os limites de sua jurisdição e autoridade. As polêmicas decorrentes desse diálogo complexo entre representantes do povo eleitos democraticamente, o Judiciário e outros atores civis e políticos não têm fim. Por meio desses debates, as representações democráticas podem se reconstituir para, por exemplo, anistiar migrantes irregulares.

Benhabib defende como solução para o impasse uma fundamentação da justiça com base em um universalismo moral e um federalismo cosmopolita. A autora propõe não fronteiras abertas, mas sim porosas, em que um processo de admissão de estrangeiros seja mais flexível. Ela argumenta, ainda, que as leis que regem a naturalização devem se sujeitar às normas de direitos humanos, rejeitando a negação do acesso ao processo de naturalização. A melhor proposta encontrada pela autora para abordar a complexa questão da adesão política no novo século foi traduzida nas ruas pelos próprios movimentos de migrantes: «nenhum ser humano é ilegal»³⁴.

³² *Ibidem*, p. 215.

³³ *Ibidem*, p. 218.

³⁴ Seyla BENHABIB, *The Right of Others: Aliens, Residents and Citizens*, *Op. Cit.*, p. 221.

IV. Considerações Críticas ao Cosmopolitismo Liberal

Para Benhabib, numa sociedade democrática, liberal e cosmopolita, o caminho para a cidadania deve estar aberto a um diálogo sobre os laços associativos e de pertencimento, por meio do qual mesmo um indivíduo estrangeiro possa se mostrar capaz de exercer a cidadania e digno de recebê-la. Ainda que o Direito Internacional fosse apto a conceder o «direito humano à cidadania» aos imigrantes, para a Professora de Ciência Política da Universidade de Yale, a moralidade da imigração resta evidente se as condições de vida no país nativo de uma pessoa colocarem em risco sua existência. Ademais, para Benhabib, nesse exemplo, o direito à sobrevivência do estrangeiro deve pesar tanto quanto o direito do novo país de controlar suas fronteiras. Contudo, é preciso defender um peso maior à questão da luta por sobrevivência do sujeito. E à luta do estrangeiro para ocupar uma posição de sujeito, de sujeito político, sujeito da política. Apenas nesses termos pode ser repensado o próprio campo político. Isso começa reconhecendo-se os limites de um cosmopolitismo dependente do Estado, a marca da violência no domínio do Direito dos Refugiados e a necessidade de sua abertura ao incerto, ao incalculável, ao que independe da identidade.

95

Para Jacques Derrida, é preciso recuperar a herança kantiana do cosmopolitismo e, ao mesmo tempo, romper com ela. Isso é possível a partir de uma outra perspectiva sobre a hospitalidade. Para ele, a palavra hospitalidade está ligada à ideia de anfitrião, de dono da casa, tanto no sentido daquele que detém a propriedade quanto daquele que recebe o convidado, que lhe dá boas-vindas, que define as condições e as regras da própria hospitalidade: «a soberania do poder, a *potestas* e a posseção do hospedeiro continuam aquelas do *paterfamilias*, do senhor da casa, do ‘dono do lugar’»³⁵.

O anfitrião, aquele que oferece a hospitalidade do lar, atua como

³⁵ «Segundo a cadeia que agora nos é familiar (*hosti-pet-s, potis, potest, ipse*, etc.), a soberania do poder, a *potestas* e a posseção do hospedeiro continuam aquelas do *paterfamilias*, do senhor da casa, do ‘dono do lugar’, como o chama Klossowski. E se traduz a mesma palavra de duas maneiras, tanto é ‘estrangeiro’ quanto ‘hóspede’». Jacques DERRIDA, *Anne Dufourmantelle convidada Jacques Derrida a falar da hospitalidade*, tradução de Antonio Romane, São Paulo, Escuta, 2003, p. 37.

quem exerce soberania sobre o espaço e sobre os bens que oferece a um estranho. Esse oferecimento reafirma sua autoridade na medida em que as regras da hospitalidade devem ser respeitadas pelo hóspede. Nesse sentido, estão delineadas a autolimitação e a contradição no coração do conceito de hospitalidade.

Com Derrida, a superação do modelo de Benhabib se apoia no imperativo da oferta de uma hospitalidade hiperbólica. Mas, se isso acontecer, haverá potencial transgressão das leis da hospitalidade, de suas condições, de suas normas, dos direitos e deveres que se impõem aos que oferecem e aos que recebem a hospitalidade.

Logo, para Derrida, há uma antinomia não dialetizável entre as leis da hospitalidade e a Lei da hospitalidade. Na verdade, a hospitalidade pura é uma «lei sem lei», uma lei sem imperativo, pois não pode ser exigida por um dever, ela deve ser oferecida graciosamente a alguém, como verdadeira dádiva³⁶.

96

A hospitalidade absoluta é incondicional, pois pressupõe que se abra a porta de casa mesmo ao outro totalmente desconhecido. Trata-se de oferecer um lugar sem convite, aberto à contingência da visitação, sem se exigir reciprocidade nem mesmo identidade de quem pede passagem, ou permanência.

A hospitalidade corrente demanda, desde logo, o nome, a origem, os documentos do estrangeiro. O nome se liga com a noção de família, de pertencimento a um grupo, a um Estado, de ser capaz de identificação, de atribuição de direitos e deveres.

Pode-se atrelar, então, a hospitalidade vigente ao domínio do poder. Poder que o hospedeiro tem de eleger e escolher seus convidados, aqueles a quem ele decide oferecer asilo, direito de visita ou hospitalidade. Para Derrida, «não há hospitalidade sem finitude, a soberania só pode ser exercida filtrando-se, escolhendo-se, portanto excluindo e praticando-

³⁶ Jacques DERRIDA, Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar da hospitalidade, *Op. Cit.*

se violência»³⁷. Daí surge certa marca da injustiça no limiar do direito à hospitalidade.

Derrida conclui que a hospitalidade permanece sempre na fronteira de si mesma, chegando a se transformar na própria fronteira, no limite da questão e sua aporia. A Lei da hospitalidade constitui, assim, o princípio transpolítico do político e da hospitalidade, porque, como crê Derrida, não somos definidos pela cidadania, vínculo estatutário com o Estado-nação. Nessa toada, seria preciso pensar uma ética da hospitalidade além do Estado e além do cosmopolitismo.

Pensar a hospitalidade sem condições é interrogar uma comunidade apoiada na figura do estrangeiro como dispositivo político fundamental para a construção da identidade mediante a diferença³⁸. Para Derrida, a filosofia tradicional da hospitalidade deve ser revisada e desconstruída a partir de uma democracia por vir, um questionamento profundo do pertencimento e do direito a ter direitos fundado na cidadania e no Estado. Isso significa repensar o demos como simultaneamente a singularidade incalculável de qualquer um (antes de qualquer sujeito e além da cidadania, do povo e do Estado) e a universalidade do cálculo racional e da igualdade perante a lei (do laço social de estar junto, com ou sem contrato)³⁹. A desconstrução da forma-Estado promete que, um dia, essa não mais será a última palavra sobre o político. Nesse sentido, democracia por vir não significa uma democracia futura que será presente, mas uma promessa da existência do impossível inscrita na própria democracia⁴⁰.

³⁷ E diz, ainda: «Esse conluio entre a violência do poder ou a força da lei (*Gewalt*), de um lado, e a hospitalidade, de outro, parece dever-se, de maneira radical, à inscrição da hospitalidade num direito, essa inscrição sobre a qual falamos ao longo das sessões anteriores». *Ibidem*, p. 49.

³⁸ Ana Paula PENCHASZADEH, *Política y hospitalidad: disquisiciones urgentes sobre la figura del extranjero*, Buenos Aires, Eudeba, 2014, p. 28.

³⁹ Giovanna BORRADORI, Jacques DERRIDA, Jürgen HABERMAS, *Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida*, tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2004, p. 130.

⁴⁰ A hospitalidade em Derrida não se trata nem de uma ideia reguladora, já que rompe com o possível e a teleologia, nem de uma utopia. É preciso pensá-la nesse campo da promessa da hospitalidade. Giovanna BORRADORI, Jacques DERRIDA, Jürgen HABERMAS, *Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida*, p. 141.