

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UNB
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RAQUEL TRABAZO CARBALLAL FRANCO

**CIDADÃOS DE LUGAR NENHUM:
O limbo jurídico e a apatridia *de facto* dos emigrados cubanos proibidos de
retornar**

**Brasília
2014**

RAQUEL TRABAZO CARBALLAL FRANCO

CIDADÃOS DE LUGAR NENHUM:

O limbo jurídico e a apatridia *de facto* dos emigrados cubanos proibidos de retornar

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, Faculdade de Direito, da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Sistemas de Justiça, Direitos Humanos e Educação Jurídica.

Orientador: Professor Doutor George Rodrigo Bandeira Galindo

**Brasília
2014**

*Sou um evadido.
Logo que nasci
Fecharam-me em mim,
Ah, mas eu fugi.*

*Se a gente se cansa
Do mesmo lugar,
Do mesmo ser
Por que não se cansar?*

*Minha alma procura-me
Mas eu ando a monte,
Oxalá que ela
Nunca me encontre.*

*Ser um é cadeia,
Ser eu não é ser.
Viverei fugindo
Mas vivo a valer.*

Fernando Pessoa

AGRADECIMENTOS

Acredito que este momento pertence àquelas pessoas que, acreditando em mim e me brindando com doses diárias de motivação, me fizeram seguir adiante até a conclusão de mais uma etapa.

Primeiramente, agradeço ao meu professor e orientador, George Galindo, que representou um marco de valor inestimável na minha vida acadêmica. Agradeço por me presentear com a desconstrução de muitas verdades e crenças cegas que me acompanhavam antes do ingresso no mestrado e por costurar em mim um novo olhar crítico, com a sua típica pitada de ceticismo, mas sem jamais perder a esperança no direito internacional. Muito obrigada por não desistir de mim até o último minuto.

À amiga e professora Natália Medina, agradeço por me apresentar ao fantástico mundo do magistério e por tanto me inspirar com a sua inteligência crítica, provocadora e sempre tão humana. Obrigada também por ser mais uma companheira na luta em prol dos migrantes e refugiados;

Ao meu colega Gabriel Godoy, por ter sido um grande incentivador e por tanto ter me estimulado a crescer profissionalmente nos últimos anos, desafiando-me diariamente e depositando sua confiança em mim. Obrigada pelo apoio, compreensão e estímulo para seguir adiante;

Dentre os amigos, três certamente merecem um destaque especial. Luiza e Camila, minha maior torcida, agradeço por não me deixarem desanimar e por verem em mim um potencial que não conseguia enxergar. O apoio emocional de vocês foi fundamental. Ao meu amigo Lucas, agradeço por me fazer presente em Brasília e se desdobrar por mim no dia mais crucial de cumprimento de prazos, assumindo um compromisso meu como se seu fosse;

A Evelyn sou eternamente grata por me desvendar, me fortalecer e cuidar do meu equilíbrio nas fases mais tortuosas deste processo;

A Rafael, que se privou da minha companhia com muito/mútuo sacrifício até a conclusão deste trabalho, obrigada por continuar caminhando ao meu lado e, principalmente, por todo o seu amor;

À minha mãe, porque tudo que sou e conquistei devo ao seu apoio incondicional aos meus sonhos e pelo incentivo a enfrentar com firmeza os desafios que a vida me apresenta;

Por fim, como não poderia deixar de ser, dedico todo o meu trabalho, acadêmico e profissional, ao migrante que me fez inconscientemente trilhar este caminho, inspirando-me com a sua bondade, integridade e espírito batalhador: meu amado avô, Manuel, de quem consigo sentir as vibrações de orgulho pela neta, aonde quer que você esteja.

RESUMO

Em outubro de 2012, o Estado cubano anunciou a adoção de uma série de reformas legislativas que mudariam a política migratória da ilha. As reformas foram alardeadas como mais um passo adiante na gradual abertura da ilha para o mundo. Ao mesmo tempo, no entanto, milhares de cidadãos cubanos não logram sucesso em retornar ao único local que a sua nacionalidade lhes asseguraria, em tese, acesso irrestrito. A política migratória vigente em Cuba desde os anos 1970 coloca em um limbo jurídico os cidadãos cubanos que emigram de forma irregular; que excedem o prazo autorizado para estadia no exterior; ou que abandonam missões oficiais a serviço do Estado. Apesar de continuarem a possuir a nacionalidade cubana, esses indivíduos são proibidos de retornar ao único país onde deveriam ter a possibilidade de exercer plenamente os seus direitos. Tornam-se cidadãos sobre os quais nenhum Estado assume a responsabilidade de protegê-los. Este limbo configura uma situação evidente de apatridia *de facto*, pois a nacionalidade que os emigrados cubanos possuem não é efetiva em matéria de acesso à proteção. A apatridia *de facto* é uma condição na qual o indivíduo possui uma nacionalidade formal, sem que, no entanto, este vínculo traga consigo o acesso a uma proteção estatal efetiva. O regime internacional de proteção aos apátridas, por sua vez, apenas contempla direitos àquelas pessoas que comprovam que não são reconhecidas como nacionais por nenhum Estado, conceito meramente formalista que não compreende que o verdadeiro problema da apatridia não é a ausência de nacionalidade por si só, mas as consequências da falta de proteção de um Estado. A correção do problema da apatridia não é a aquisição pura e simples da nacionalidade, mas a aquisição da proteção efetiva de um Estado. O objetivo do trabalho, portanto, é estudar a importância da nacionalidade para o ser humano, demonstrando que o atual regime de proteção aos apátridas não é capaz de lidar com todas as modalidades contemporâneas de apatridia. O estudo buscará evidenciar os parâmetros trazidos pelo direito internacional em matéria de regulação da nacionalidade e apatridia, e em que medida esta ordem impõe limites à arbitrariedade estatal que coloca indivíduos em risco de apatridia *de facto*, valendo-se, para tanto, do exemplo da legislação migratória de Cuba e suas restrições ao direito de retorno dos emigrados cubanos.

Palavras-chave: 1. Nacionalidade; 2. Apatridia; 3. Apátridas *de facto*; 4. Direitos Humanos; 5. Direito de retorno; 6. Emigração cubana.

ABSTRACT

On October 2012, Cuba announced the adoption of several legislative reforms, which would impact its migratory policy. The new provisions were claimed to be another step further to gradually open the island to the world. Meanwhile, thousands of Cuban citizens do not succeed to return to the only place where their nationality ensures them, in theory, open access. Cuba's migratory policy, in force since the 1970's, leaves in a legal limbo Cuban citizens who either migrate illegally; exceed their authorized stay abroad; or abandon official missions at the State's service. Even though they still hold the Cuban nationality, such individuals are not allowed to return to the only country in which they should have the possibility of fully exercising their rights. They become citizens over which no State claims responsibility to protect them. This limbo leads to an evident situation of *de facto* statelessness, for the nationality that Cuban *émigrés* hold is not effective in terms of access to protection. *De fact* statelessness is a situation in which despite holding a formal nationality, the individual is not capable of enjoying an effective State protection. The international framework for the protection of stateless persons, however, only grants rights to people who can prove that they are not recognized by any State as a national – a merely formalistic definition that does not grasp that the real problem with statelessness is not the lack of nationality *per se*, but the consequences of the lack of State protection. To acquire a nationality without effective State protection is not enough to overcome statelessness. In this regard, the objective of this study is to investigate the importance of nationality to the human being, demonstrating that the current framework for the protection of stateless persons is not capable of dealing with all forms of contemporary statelessness. The study will seek to reveal the standards adopted by international law regarding nationality and statelessness, as well as the extent to which this legal order poses limits to the State's arbitrariness that jeopardizes individuals by putting them is risk of *de facto* statelessness. To this end, the study will adopt the example of Cuba's migratory legislation and its restrictions to the right to return of Cuban *émigrés*.

Keywords: 1. Nationality; 2. Statelessness; 3. *De facto* stateless persons; 4. Human Rights; 5. Right to return; 6. Cuban emigration.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 A CONSTRUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DA NACIONALIDADE: EMBATES ENTRE SOBERANIA E PROTEÇÃO DO SER HUMANO	
1.1 Introdução.....	17
1.2 A nacionalidade como mecanismo de proteção da humanidade do indivíduo.....	19
1.3 A nacionalidade como elemento nuclear da soberania estatal.....	24
1.4 Desafios à apropriação da nacionalidade pelo direito internacional: tensões entre o domínio reservado dos Estados e o alcance do direito internacional.....	28
1.5 O padrão mínimo para a determinação da nacionalidade no direito internacional	36
1.5.1 <i>O marco inicial dos tratados de Haia.....</i>	38
1.5.2 <i>Análise evolutiva da jurisprudência internacional sobre nacionalidade.....</i>	41
2 HUMANOS DEMASIADO HUMANOS: APATRIDIA NO DIREITO INTERNACIONAL	
2.1 Introdução.....	52
2.2 O distanciamento entre o direito internacional dos direitos humanos e o apátrida.....	53
2.3 A construção do regime de proteção internacional aos apátridas.....	58
2.3.1 <i>Preocupações iniciais com as pessoas deslocadas: as raízes comuns do sistema.....</i>	58
2.3.2 <i>A separação entre refugiados e apátridas nas Convenções de 1951, 1954 e 1961.....</i>	62
2.4 Uma fresta no sistema: os apátridas <i>de facto</i>	69
2.4.1 <i>Embates em torno dos conceitos de apátrida de jure e de facto durante as Conferências de Plenipotenciários.....</i>	72
2.4.2 <i>As acepções da apatridia de facto.....</i>	79
2.5 Formas contemporâneas da apatridia <i>de facto</i>	82
3 CIDADÃOS AO LÉU: ESTUDO DE CASO SOBRE A APATRIDIA <i>DE FACTO</i> DOS EMIGRANTES CUBANOS PRIVADOS DO DIREITO DE RETORNAR	
3.1 Introdução.....	87

3.2 Conteúdos da nacionalidade: a interlocução entre o direito de retorno e a apatridia <i>de facto</i>	89
3.3 Fundamentos e antecedentes da política migratória cubana.....	99
3.4 Análise da legislação migratória dos anos 1970 até as reformas de 2012-2013: avanços em prol dos direitos individuais ou perpetuação da apatridia <i>de facto</i> ?.....	106
3.4.1 As restrições de saída: ponderações à luz do direito internacional.....	110
3.4.2 Proibição do retorno e apatridia <i>de facto</i> no caso cubano.....	126
CONCLUSÃO.....	136
REFERÊNCIAS.....	141
ANEXO I: Edição Atualizada da Lei de Migração n. 1312.....	154
ANEXO II: Edição Atualizada do Decreto n. 26.....	159
ANEXO III: Decreto n. 306.....	176
ANEXO IV: Resolução n. 43.....	178
ANEXO V: Resolução n. 44.....	180

INTRODUÇÃO

Ifraín Pas Ramirez Morales é um cubano de 40 anos muito orgulhoso do seu país. Lá ninguém enfrenta filas quilométricas ou espera meses por uma consulta médica de urgência, afirma assoberbado. Morador de rua, então, é uma piada de mau gosto dos países capitalistas. Em Cuba todo mundo tem uma casa, que pode não ser glamorosa como aquelas de cinema, mas se vive com dignidade. A educação também independe da classe social: todos os cubanos têm acesso igualitário a um ensino de alta qualidade no país. Ele, no entanto, desde jovem resolveu que aprenderia mais se aventurando pelo mundo.

Sua família sempre foi indiferente às propensões políticas do governo, preferiam uma vida pacata a procurar problemas com Fidel. Mas o dinheiro andava cada vez mais curto e o sonho americano se tornava cada vez mais atrativo. Seus pais, então, decidiram que era hora de aproveitar o regime facilitado de concessão de vistos para cubanos que chegam aos Estados Unidos e, tão logo o filho se tornou um homem feito, foram embora da ilha, deixando-o sozinho e responsável pelo próprio sustento.

A vida, então, se tornou mais difícil. Apesar de Ifraín nunca ter achado ruim viver num país comunista, ele ressentia o fato de que não conseguia obter, em pesos cubanos, o reconhecimento que merecia por ser tão bom no que fazia. Sem perspectivas de ganhar mais dinheiro, decidiu que era hora de partir e conhecer o mundo.

Chegou ao Brasil em 2004 e imediatamente se deslumbrou com São Paulo. Na época, tinha um visto de turista, que acabou expirando e deixando-o sem documentação válida no Brasil. Mesmo assim, não se intimidou. Continuava trabalhando em todo tipo de serviço que, segundo ele, em São Paulo nunca faltava para quem estava disposto a trabalhar.

Em 2009, ouviu falar que o Brasil estava perdendo todos os estrangeiros que estavam irregulares naquele momento no país. Era a anistia da Lei 11.961 que concedia residência provisória a todos os estrangeiros que chegaram ao Brasil antes de 1º de fevereiro de 2009, independentemente da forma ou do motivo, e se encontravam com um status migratório irregular.

Imediatamente, reuniu toda a documentação, entregou à Polícia Federal e conseguiu o seu primeiro documento de identidade no país, o Registro Nacional de Estrangeiros, que lhe deu direito também a uma Carteira de Trabalho e Previdência Social. Agora sim, finalmente teria um emprego estável e iria receber o salário que merecia.

A residência provisória expirava em dois anos, e Ifraín sabia muito bem disso. Faltando 90 dias para o documento caducar, levou na Polícia Federal todos os documentos necessários para converter seu status em residente permanente. Porém, naquele dia, o atendente lhe disse que estava muito cedo e que ele deveria retornar quando faltasse pouco para o vencimento. Desconfiado que era, Ifraín voltou lá no mês seguinte. A orientação era a mesma: não estamos recebendo pedidos de conversão do status agora, você deve retornar mais perto da data. Quanto mais a data se aproximava, mais frequentes se tornavam as idas de Ifraín à Polícia Federal. Na véspera do vencimento foi até lá novamente e lhe disseram que deveria retornar no dia seguinte, após o vencimento. Estranho, pensou. Mas se não aceitavam naquele momento, quem era ele para brigar com a Polícia Federal. No dia seguinte, entretanto, uma surpresa: informaram-lhe que o prazo havia expirado e que, portanto, não poderia renovar o seu RNE e perdera o direito de residência no país.

Lembrando o episódio, Ifraín não esconde a sua indignação. Segundo ele, inúmeros estrangeiros africanos e outros latino-americanos foram enganados pela Polícia Federal e também perderam o prazo de renovação. Afirma com plena convicção que foi mais uma vítima do racismo no Brasil.

A vida, no entanto, continuava, e Ifraín permaneceu no Brasil, só que a partir de então, ganhando muito menos e sendo bem mais explorado pelos empregadores. No início de 2013, um primo lhe escreveu dizendo que estava morando no Equador e o convidou para ir visitá-lo. Para quem não via um familiar sequer há 9 anos, o convite veio a calhar.

Em abril, Ifraín comprou uma passagem na Avianca, fez as malas e embarcou para Quito através do Aeroporto Internacional de Guarulhos. No embarque, apresentou seu RNE, vencido em 2011, mas lhe asseguraram que com aquele documento não precisaria de visto para entrar no Equador – brasileiros e residentes permanentes no Brasil, não precisam, informou o atendente.

Durante o voo, Ifraín estava ansioso por mudar de ares nessas curtas férias, afinal, há anos não saía de São Paulo. Veria seus familiares, descansaria e voltaria para o Brasil. No desembarque em Quito, no entanto, Ifraín percebeu que suas férias seriam mais curtas do que havia programado.

O agente de imigração lhe comunicou que aquele RNE havia vencido há dois anos e que cubanos precisavam de visto para ingressar no Equador. Mais uma vez, Ifraín fora pego de surpresa pelo poder da lei sobre o cidadão comum. Não sabia de nada disso e nunca lhe

avisaram, aliás, falaram justamente o contrário, que com o RNE não haveria problema em desembarcar em Quito. Lá se foi Ifraín mandado de volta para o Brasil.

Chateado, cansado de tantas horas de voo, Ifraín só queria pegar as malas e chegar em casa logo. Chegou a sua vez na fila da imigração e lhe pediram seu documento. Apesar de seu RNE já ter lhe traído uma vez, era a única coisa que tinha para apresentar naquele momento. E aí ouviu a sentença que lhe faria passar os próximos cinco meses morando em uma diminuta sala de espera do Aeroporto de Guarulhos: seu RNE havia vencido e ele não tinha direito de desembarcar em território brasileiro. Iria ser deportado no próximo voo para Cuba.

Ifraín foi conduzido até a outra área do aeroporto por um agente da Polícia Federal que lhe dizia que logo, logo ele voltaria para Cuba, que era o seu lugar. Chegaram à área restrita do aeroporto, mais conhecida por “conector”, uma zona de trânsito por onde passam os passageiros em conexões de voos internacionais e também onde está localizada uma pequena sala de espera na qual os estrangeiros “inadmitidos” aguardam sua deportação.

O agente da Polícia o entregou a um funcionário da Avianca que o aguardava no local, para que providenciasse as suas refeições até o horário do embarque de volta para Cuba. Enquanto isso, a empresa aérea deveria providenciar o mais rápido possível uma vaga em voos para Havana.

O golpe final veio com a notícia de que o Consulado cubano em São Paulo informara a Avianca que aquele cidadão estava proibido de regressar a Cuba. Perdera seus direitos de residência na ilha no momento em que excedera o prazo máximo de 11 meses de estadia no exterior. O Consulado até poderia renovar seu passaporte cubano, mas voltar para Cuba, nem pensar.

A Polícia Federal ficou abismada. O que fazer com uma pessoa que não pode ser mandada de volta para o único país que teria a obrigação de recebê-lo? Nunca haviam visto coisa igual. Não poderiam simplesmente deixá-lo desembarcar no Brasil, afinal, como bons cumpridores da lei, sabiam que não havia norma no Estatuto do Estrangeiro que os autorizasse a liberar um “imigrante ilegal” assim, sem mais. Iniciaram então as buscas por uma solução para o caso.

Enquanto a burocracia estatal revirava-se do avesso para encontrar uma solução, Ifraín dormia e acordava em uma cadeira dura que lhe dava uma baita dor nas costas. Sua pasta de dente havia terminado e não levara sabonete e desodorante na bagagem de mão. O banho frio e o forte ar-condicionado do aeroporto lhe deixaram doente e a comida não contribuía para melhorar a sua imunidade. Depois de algum tempo, os funcionários da Avianca simplesmente

esqueciam de lhe levar comida. Às vezes, comia apenas o café da manhã. Mas após a fase da revolta e indignação, veio a aceitação de que aquilo seria a sua casa por um bom tempo. E resolveu que iria torná-la mais confortável.

O primeiro que fez foi arrastar, com a ajuda de outros estrangeiros que aguardavam deportação, dois sofás da sala de espera dos passageiros convencionais, para que pudessem dormir deitados no conector. Em seguida, perdeu a timidez e passou a abordar os passageiros com destino a Nova York, Paris e Dubai, contando-lhes com bom humor a sua história em troca de itens de higiene. A administração do aeroporto não gostou de ter um estrangeiro inadmitido incomodando os demais passageiros e também passou a pressionar a Polícia Federal por uma solução. Ifraín diz que ouviu muitas reclamações de todos os lados. Tentaram contê-lo com a doçura das assistentes sociais e com a imponência autoritária da Polícia Federal. Nada funcionou.

Os dias se tornaram semanas e as semanas se tornaram meses. Aquilo já havia passado dos limites. Histórias como essa, só se via em Hollywood, naquele filme com Tom Hanks, não era possível que isso estivesse acontecendo no Brasil.

Até que a Polícia Federal teve uma ideia. É verdade que a legislação migratória do Brasil, Lei n. 6.815, data de 1980 e foi concebida em um contexto ditatorial, numa época em que se temia que elementos alienígenas trouxessem ideologias capazes de influenciar a população contra o maquinário repressivo do Estado. É bem verdade também que a legislação proíbe terminantemente a regularização de qualquer estrangeiro que entra no país de forma irregular, como Ifraín. Porém, havia sim um mecanismo de regularização imediata de qualquer estrangeiro, ainda que ele houvesse entrado sem visto, sem passaporte, e até com documentação falsa. A Polícia Federal andava, inclusive, bastante indignada com a forma como esse mecanismo estaria sendo, do seu ponto de vista, manipulado por agentes perigosos à segurança nacional. Não era de seu feitio comunicar aos estrangeiros que eles tinham direito a esse recurso se chegassem ao Brasil e temessem a devolução ao seu país de origem. Mas essa era a única solução: a Polícia Federal iria oferecer-lhe a possibilidade de solicitar refúgio. O plano era muito simples. Ifraín preencheria um formulário, prestaria declarações à Polícia, e desembarcaria no Brasil de volta para a sua casa com um documento de identidade na mão, válido por 180 dias, e renovável até a decisão final do seu pedido de refúgio, com direito a obter uma Carteira de Trabalho ainda por cima. Melhor, não poderia ficar.

Confiante, a Polícia Federal foi ao conector dar a boa notícia a Ifraín. Ele, porém, queria entender melhor o que era isso que lhe estavam propondo. Um pedido de proteção

porque seu Estado de nacionalidade o estava perseguindo? Mas isso nunca aconteceu com ele. Ele adora Cuba. Não tem nada contra seu país. Aliás, lá é um lugar melhor do que o Brasil em muitos sentidos. No entanto, a questão da remuneração pelo trabalho ainda não era suficiente e ele saiu de lá por isso, por razões estritamente econômicas. Não, não iria pedir refúgio de jeito nenhum. E não só não iria pedir refúgio, como agora, depois de quatro meses no conector, só sairia dali após receber uma indenização por tudo que havia sofrido.

Foi neste contexto que conheci Ifraín em junho de 2013. O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, agência da ONU incumbida do mandato de proteger e assistir refugiados e apátridas no mundo, foi acionado pela Polícia Federal, em uma súplica por apoio para convencê-lo a pedir refúgio. O caso era, de fato, bastante interessante, mas não uma novidade para a agência. Fui então designada a ir em missão para São Paulo entender melhor o contexto, explicar a Ifraín em que consistia o mecanismo de refúgio no Brasil e avaliar eventuais indícios de fundado temor de perseguição pelos motivos dispostos na lei brasileira de refúgio.

As informações coletadas pelo ACNUR confirmam que a política migratória de Cuba não autoriza o regresso de cidadãos que excederam o tempo máximo de estadia autorizada no exterior ou que abandonaram missões oficiais em outros países. A diretriz do consulado cubano, portanto, de fato encontrava respaldo na legislação doméstica do Estado.

Participaram da reunião o ACNUR, um representante do Comitê Nacional para Refugiados, uma Defensora Pública Federal, um Delegado da Polícia Federal e o próprio Ifraín para tentar identificar uma solução para o seu caso. O refúgio definitivamente não seria a via adequada. Ifraín não se considerava um refugiado e, se Cuba aceitasse recebê-lo, voltaria sem o menor problema.

Em resumo, a solução encontrada pela Defensoria Pública da União foi solicitar o desembarque condicional de Ifraín, uma brecha autorizada pelo parágrafo único do artigo 27 da Lei 6.815, que permite a entrada em território nacional pelo prazo de 30 dias, para promover as medidas necessárias à regularização da sua situação migratória.

A moral da história, no entanto, é que, assim como Ifraín, outros cubanos encontram-se num limbo jurídico em países estrangeiros, impedidos de retornar a Cuba em razão de uma legislação migratória que controla rigidamente a saída e o retorno dos seus nacionais. Da mesma forma, se assim como Ifraín se encontram vivendo em países com legislações migratórias restritivas, indocumentados e sem possibilidade de se regularizarem, passam a

viver reiteradas violações aos seus direitos humanos mais fundamentais, porque se tornam cidadãos de lugar nenhum e nenhum Estado assume a responsabilidade por eles.

Esta situação anômala configura o que se entende por apatridia *de facto*: pessoas que, apesar de possuírem uma nacionalidade formal, de nada lhes serve o vínculo, pois seu Estado de origem lhes priva do acesso a uma proteção efetiva. Apesar de ainda não existir uma definição consensual e disciplinada de maneira vinculante em um tratado, o termo apatridia *de facto* é compreendido como a situação em que uma pessoa não pode se valer da proteção do seu país de nacionalidade, por razões alheias à sua vontade. Inaugura-se, assim, um ciclo vicioso onde o seu Estado de nacionalidade lhe nega assistência e as normas de direito internacional se limitam a encaminhá-lo a buscar ajuda no seu Estado de origem.

Quando a privação da proteção é traduzida na supressão do direito de residência no território do Estado de nacionalidade do indivíduo, o vínculo de nacionalidade se esvazia e despe o sujeito da sua própria humanidade.

Apesar das pretensões universalistas do direito internacional dos direitos humanos, no sentido de que todos os seres humanos do planeta são abrangidos pelas suas normas pelo fato de serem simplesmente humanos, a realidade mostra que o diálogo do humano com seus próprios direitos é intermediado pelo Estado, entidade através da qual são construídas as condições para a efetivação daqueles direitos.

Neste sentido, possuir uma nacionalidade se torna um elemento crucial na vida de um ser humano, pois é deste vínculo que surge o caminho para acessar os bens que as comunidades humanas na forma de Estados têm a distribuir. A importância desse elemento é constatável pelo fato de que o próprio direito internacional dos direitos humanos insiste, através de declarações e tratados, em convencer os Estados da importância de que todos os seres humanos possuam uma nacionalidade.

Em um mundo onde a migração é um fenômeno cada vez mais comum e cotidiano na vida dos indivíduos, cada vez mais aumenta o número de pessoas privadas da proteção estatal, independentemente de possuírem um vínculo de nacionalidade com um Estado. As situações que geram a apatridia *de facto* se multiplicam e milhares de pessoas são condenadas a um limbo jurídico se não conseguem provar a sua nacionalidade e retornar ao seu país de residência. Resta-lhes uma vida invisível, onde nenhum Estado lhe reclama ou lhe proporciona uma existência minimamente digna.

Este trabalho, portanto, se propõe a estudar as causas e consequências do fenômeno da apatridia *de facto*, valendo-se do exemplo dos emigrados cubanos para ilustrar as

complexidades por trás daquela mazela. A dissertação está estruturada em três capítulos, além desta introdução e das conclusões.

O primeiro capítulo tratará das razões pelas quais a nacionalidade é um vínculo tão valioso ao ser humano, ao mesmo tempo em que é um elemento essencial ao Estado. Em razão da importância conferida pelos Estados a este elemento, serão explorados os desafios na apropriação de parcelas da regulamentação da nacionalidade pelo direito internacional. Feito isso, serão apresentados os avanços já alcançados na internacionalização deste tema a partir de uma análise dos tratados e jurisprudência internacionais.

Em seguimento à exposição do quão custoso é para o Estado permitir a interferência do direito internacional no tema da nacionalidade, o segundo capítulo abordará o processo de construção do regime de proteção internacional aos apátridas. Inicialmente, serão apresentadas as raízes comuns dos sistemas de proteção aos apátridas e refugiados, e como a criação concomitante de ambos interferiu negativamente na compreensão, por parte dos Estados, das verdadeiras necessidades de proteção dos apátridas.

Nesta ocasião buscar-se-á evidenciar que o marco de proteção aos apátridas foi consolidado com uma lacuna no que tange à proteção dos apátridas *de facto*, excluídos do sistema em razão das relutâncias estatais em enfrentar todas as complexidades que envolvem a questão da apatridia, além da prevalente concepção de que o indivíduo que possui uma nacionalidade formal já é responsabilidade de outro Estado. Finalmente, o capítulo irá expor as formas contemporâneas de apatridia *de facto* em um mundo marcado pelo deslocamento humano ao longo das fronteiras internacionais, assim como as causas que colocam o indivíduo nessa condição, a relação com a postura estatal e as consequências práticas do problema.

O terceiro capítulo, por sua vez, abordará uma das modalidades atuais da apatridia *de facto*, a dos indivíduos privados do direito de retornar aos seus países de nacionalidade, a partir do estudo do caso cubano, em que a categoria dos cidadãos emigrados perde o direito de residência no Estado sempre que viola a legislação migratória. Neste sentido, será investigado o conteúdo essencial da nacionalidade, o direito de residência no próprio país, sem o qual ela se torna inócua. Este direito de residência será avaliado à luz do direito internacional a partir de três dos seus desdobramentos: o direito de residência no território do seu país, o direito de sair do seu próprio país e o direito de retornar ao seu próprio país. A análise manterá seu foco sobre a legislação migratória do Estado cubano, que regula o direito de saída e retorno dos seus nacionais, perquirindo os fundamentos e antecedentes políticos, sociais e econômicos

que levaram à adoção daquela política. Feito isso, serão explorados os dispositivos da legislação de 1970 e seus impactos sobre o direito de saída e retorno dos nacionais cubanos, para que, então, se possa avançar à análise das novidades que as reformas de 2012-2013 trouxeram e o que isso representou em termos de melhorias na proteção e efetivação da liberdade de movimento dos cubanos.

1 A CONSTRUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DA NACIONALIDADE: EMBATES ENTRE SOBERANIA E PROTEÇÃO DO SER HUMANO

1.1 Introdução

O regime de proteção internacional dos direitos humanos tem se afirmado no sentido de que suas normas são tão fundamentais que devem ser aplicadas a qualquer indivíduo, em qualquer lugar do mundo. A mera condição de ser humano, independentemente da origem, raça, opinião política, gênero ou religião, é propagada como suficiente para autorizar o acesso à proteção de uma gama de direitos construídos e expandidos ao longo da história.

Esta propaganda, no entanto, revela-se falaciosa a partir do momento em que a realidade demonstra que, na prática, a chave de acesso ao mundo dos direitos humanos ainda é largamente controlada pelos Estados. A realização desses direitos depende, em ampla medida, da criação, a nível local, de condições para que um indivíduo possa acessar os bens que a comunidade onde ele se encontra inserido tem a distribuir.

Essa distribuição, por sua vez, é seletiva. Ocorre a partir de uma diferenciação feita pelo Estado entre as pessoas com as quais ele possui um compromisso efetivo e aquelas pessoas que recebem não mais que sua generosa hospitalidade, sem que isso imponha qualquer obrigação para si, enquanto anfitrião.

O compromisso efetivo, enfim, é determinado a partir de um vínculo que traduz o *pertencimento* a um Estado: a nacionalidade¹. Neste sentido, a nacionalidade revela-se como

¹ No presente trabalho, o termo nacionalidade será utilizado no sentido político-legal, denotando pertencimento a um Estado. Não serão analisados os desdobramentos históricos ou biológicos da nacionalidade, no sentido sociológico de pertencimento a uma nação. A despeito das diferenças entre nacionalidade e cidadania, ambos os conceitos poderão ser utilizados para traduzir uma mesma noção: a de pertencimento a um Estado. No entanto, quando mencionada, a cidadania tratará de aspectos internos, domésticos, enquanto que a nacionalidade estará

um canal de ligação entre o indivíduo e a entidade que poderá, ao menos em tese, promover o seu acesso e usufruto aos direitos e bens que necessita para ter uma existência digna.

O pertencimento a uma entidade estatal, portanto, equipara-se a um direito a ter direitos, ainda que em abstrato. A importância desse pertencimento, por sua vez, ganhou notoriedade no momento em que milhares de pessoas perderam o vínculo com toda e qualquer comunidade existente, e foram lançadas em um limbo que as tornou indesejadas onde quer que estivessem.

Em um mundo com 3,5 milhões de apátridas registrados² – apesar de uma estimativa de que mais de 10 milhões de pessoas estejam de fato vivendo nesta situação³ -, a nacionalidade se tornou um elemento fundamental para a noção de existência do próprio ser humano.

A ideia de um homem (*sic*) sem uma nação parece impor (grande) tensão à imaginação moderna. [...] Um homem deve ter uma nacionalidade, assim como deve ter um nariz e duas orelhas; a deficiência de qualquer uma dessas particularidades não é impensável, mas apenas se foi resultado de um desastre, e um desastre de um tipo específico. Tudo isso parece óbvio, embora, sinto, não seja verdade. Mas que isso viesse a parecer tão obviamente verdadeiro é, de fato, um aspecto, talvez o mais central, do problema do nacionalismo. Ter uma nação não é atributo inerente da humanidade, mas aparece, agora, como tal.⁴

Nesse diapasão, cumpre perquirir o papel do direito internacional na garantia de que o instituto da nacionalidade não sucumba à arbitrariedade estatal, apesar de inúmeros exemplos ao longo da história demonstrarem o contrário.

relacionada a aspectos internacionais. Para diferenciações doutrinárias entre nacionalidade e cidadania ver: KYMLICKA, Will. **Ciudadanía Multicultural**. Tradução de Carme Castells Auleda. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1996. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2006; FERRAJOLI, Luigi, **Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global**. **Isonomía [Publicaciones periódicas]: Revista de teoría y filosofía del derecho**. México, n. 9, p.173-184, out. 1998. Biblioteca virtual Miguel Cervantes; BEINER, Ronald (coord.). **Theorizing citizenship**. Albany: State University of New York Press, 1995, p.1-28; CORTINA, Adela. **Ciudadãos do mundo: para uma teoria da cidadania**. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Edições Loyola, 2005; VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

² ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Mid-year Trends 2013**. p. 06. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/52af08d26.html>>. Acesso em: 14 maio 2014.

³ *Idem*. **Global Appeal 2014-2015**. p. 55. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/528a0a1316.html>>. Acesso em: 14 maio 2014.

⁴ Tradução livre. Original em espanhol: “*En cambio, lo que ya se le hace más cuesta arriba a la imaginación moderna es la idea de un hombre sin nación. [...] Un hombre debe tener una nacionalidad, como tiene una nariz y dos orejas; una deficiencia en cualquiera de estos particulares no es impensable, pero sólo como resultado de algún desastre, y un desastre de un tipo determinado. Todo esto parece obvio, aunque, ¡ay!, no sea cierto. Pero el que haya acabado pareciendo tan obviamente cierto es realmente un aspecto, o quizá la misma esencia, del problema del nacionalismo. Tener una nacionalidad no es un atributo inherente al ser humano, pero hoy en día ha llegado a parecerlo*”. GELLNER, Ernest. **Naciones y Nacionalismos**. Madrid: Alianza Editorial, 2001. p. 19.

Em se tratando de um tema tão intrinsecamente relacionado à soberania estatal, alguns questionamentos devem ser levantados. Primeiro, importa perquirir se existiria alguma margem para que o direito internacional interfira na regulação da nacionalidade. Segundo, é necessário refletir se, diante das obrigações, princípios e normas vigentes no plano internacional, o Estado continua absolutamente soberano em matéria de nacionalidade e qual seria a medida da sua liberdade legislativa. Em outras palavras, a questão a ser analisada neste capítulo é se o direito internacional impõe limitações à liberdade jurisdicional dos Estados no campo específico da nacionalidade, sobretudo em face da importância desse instituto para a proteção do ser humano.

1.2 A nacionalidade como mecanismo de proteção da humanidade do indivíduo

Falar em direitos humanos aciona o imaginário popular em diversos sentidos. Imagina-se um plano ideal e somos dominados pelo otimismo e pela esperança na conquista de um mundo melhor, onde todos os seres humanos vivem em paz, em condições de igualdade, em um lugar onde não existe sofrimento e onde é possível atingir a felicidade plena.

Existem diferentes percepções sobre o que seriam direitos humanos. Uma análise de diversas correntes doutrinárias permitiria extrair uma matriz com algumas das definições mais comuns: direitos humanos são direitos morais; existem independentemente de reconhecimento social; é algo que todo ser humano possui; se opõem à arbitrariedade estatal; resultam de lutas políticas e sociais; servem à classe burguesa; são utilizados como discurso político; baseiam-se na natureza humana; resultam de um consenso social; podem ser transformados em direitos legais.⁵

A universalidade dos direitos humanos, por sua vez, é um aspecto que permeia grande parte da retórica deste regime. Estes direitos seriam inerentemente universalistas, pois teriam sido concebidos para ser aplicáveis a qualquer pessoa, em qualquer lugar do mundo. Ainda que não se fale em uma massa amorfa de seres humanos, afirma-se que as normas deste regime teriam sido concebidas com a pretensão de refletir direitos inerentes a qualquer ser

⁵ DEMBOUR, Marie Bénédicte. **Who believes in human rights?** Reflections on the European Convention. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 234-235.

humano, reconhecendo que nem mesmo as idiossincrasias de diferentes povos poderiam servir de escusa para a sua não aplicação.⁶

Sendo direitos inerentes a todo ser humano e, portanto, inalienáveis, não poderiam ser destituídos do indivíduo por fatores como a vontade da natureza, de um deus ou de uma majestade. O ser humano, em si, seria a fonte originária e o único senhor de seus direitos humanos, livre de toda forma de tutela ou domínio.

O valor da igualdade, por sua vez, caminha intrinsecamente relacionado aos direitos humanos. Em abstrato, a igualdade busca assegurar que não haverá seres humanos mais humanos, dignos ou merecedores que outros em matéria de direitos. Com efeito, o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁷ cristaliza a igualdade como um dos fundamentos basilares e norteadores de todo o regime de direitos humanos, o que é repetido em inúmeras outras normas internacionais que sucederam a declaração⁸.

Em tese, isso deveria significar que todas as pessoas são iguais perante as jurisdições de qualquer Estado e têm direito a serem igualmente protegidas, independentemente da sua nacionalidade. O Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁹ e o Conselho de Direitos Humanos da ONU¹⁰ já se manifestaram no sentido de que a nacionalidade não pode ser um fator de discriminação no acesso a direitos. A decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Andrejeva vs. Letônia* corroborou o entendimento dos órgãos daquela organização internacional ao dispor que distinções com base na nacionalidade somente poderiam ser feitas se comprovada a existência de razões imperiosas para tal diferenciação de tratamento.¹¹

⁶ CASSESE, Antonio. **A Plea for a Global Community Grounded in a Core of Human Rights**. In: CASSESE, Antonio (ed.). *Realizing Utopia: The Future of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 136-137.

⁷ “Artigo 1º. Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”

⁸ Para alguns exemplos, ver: Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1968); Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (1966); Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007), dentre outros.

⁹ Ver: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Comentário Geral n. 20: Não-discriminação nos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 20 maio. 2009.

¹⁰ Ver: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos. **Comentário Geral n. 15 sobre a Posição dos Estrangeiros de acordo com o Pacto**. 11 abr. 1986.

¹¹ PERKS, Katherine; CHICKERA, Amal de. **The silent stateless and the Unhearing World: can equality compel us to listen?.** *The Equal Rights Review*, Vol. 03, 2009. United Kingdom: The Equal Rights Trust, 2009. Disponível em: <http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/err_issue03%20final.pdf>. Acesso em 17 maio 2014. p.46.

No entanto, a realidade demonstra que existe uma enorme lacuna distanciando a universalidade e inalienabilidade dos direitos humanos da sua efetiva aplicação a pessoas que são “apenas” humanas.

Hannah Arendt salienta com precisão que a ideia de direitos humanos traz em seu núcleo um paradoxo, na medida em que se dirige a um humano abstrato e completamente alheio às organizações sociais, o que simplesmente não existe em lugar algum. Para imbuí-lo de direitos, foi preciso identificar este ser humano com um agrupamento social, com um povo soberano, cujo governo deveria servir de caminho para a efetivação desses direitos.¹²

A formação do Estado, ou seja, da entidade que pavimentará o caminho para a efetivação dos direitos, depende da existência de uma coletividade de indivíduos, conforme será aprofundado mais adiante.

A união de indivíduos com o intuito de compor um Estado, por sua vez, de acordo com a ciência política, constitui o que se entende por povo. No entanto, é preciso identificar, dentre os sujeitos que transitam dentro e fora das fronteiras de um Estado, aqueles que se encontram efetivamente comprometidos com a ordem jurídica e com o poder político instituído. Esta ligação entre o indivíduo e o Estado é feita por meio de um vínculo permanente, a nacionalidade, adquirido mediante o preenchimento de critérios mínimos.¹³

Conforme explica Dallari, a superveniência de fatores que quebrem este vínculo do sujeito com o Estado “deixa o indivíduo completamente desprotegido e o impossibilita, praticamente, de viver em associação com os outros indivíduos, o que é uma exigência da própria natureza humana”¹⁴.

Mais uma vez, Hannah Arendt critica a classificação dos direitos humanos enquanto inalienáveis, porque a partir do momento em que o indivíduo se dissocia de um Estado, tornando-se apátrida, deixa de existir uma autoridade responsável por protegê-lo. A perda da nacionalidade implicava a perda dos direitos humanos, pois estes se tornavam inexecutáveis diante da inexistência de um espaço de realização.¹⁵

¹² ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 325.

¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 99-100.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ ARENDT, *Op. cit.*, 1989, p. 325-327.

Michael Walzer, neste sentido, defende que a afiliação é o principal bem que a comunidade humana pode distribuir já que quem não se filia é excluído da provisão comunitária de segurança e bem-estar social, sujeitando-se, constantemente, à expulsão.¹⁶

A nacionalidade, então, desponta como fator essencial no acesso aos direitos porque todos os Estados se permitem avaliar em que medida irão estender direitos e o acesso às provisões comunitárias àquele que se apresenta meramente como ser humano (o estrangeiro, não nacional). O bem social da afiliação ao qual Walzer se refere já pertence aos nacionais de um Estado, parecendo-lhe óbvio que a reflexão sobre a sua distribuição somente seja necessária em relação aos estrangeiros, pois são eles os que não integram a sociedade e que, portanto, não deveriam, a priori, acessar as provisões comunitárias de saúde, bem-estar, trabalho, segurança, etc. Àqueles que detêm o poder de distribuição deste bem, portanto, incumbe decidir como se dará o processo de escolha dos indivíduos merecedores do acesso indiscriminado a direitos em seu país.

Ora, se os direitos humanos são, de fato, universais e intrínsecos ao ser humano, por que então os Estados e seus respectivos povos precisam proceder com esta análise antes de compartilhar os seus bens com outros seres humanos?

A resposta a este questionamento pode ser encontrada na persistência dos Estados em utilizar argumentos de soberania nacional para impor limites aos direitos dos não nacionais. Em razão disso, apesar de o direito internacional dos direitos humanos propugnar a igualdade de todos os seres humanos, o reconhecimento da nacionalidade ainda é a chave para o acesso a esses direitos.¹⁷

O tema, portanto, perpassa a forma como os Estados distribuem a sua nacionalidade, o que levanta, segundo Gibney, diversos problemas morais.¹⁸ Primeiro, porque a pluralidade de critérios adotados, e que variam de acordo com o Estado, conduzem a situações de apatridia. Segundo, porque a aquisição de uma nacionalidade está diretamente relacionada às chances de sobrevivência do ser humano: “a pessoa que é nacional da Suécia ganhou o maior prêmio na loteria da vida: expectativa de vida de 78 anos, com todo o ciclo de vida em um país estável e próspero. Se, por outro lado, a pessoa nasce na Libéria, dificilmente viverá além dos 48 anos,

¹⁶ WALZER, Michael. **Esferas da Justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003 (Coleção justiça e direito). p. 40-41.

¹⁷ PERKS; CHICKERA, *Op. cit.*, 2009, p.47.

¹⁸ GIBNEY, Matthew J. **Statelessness and the right to citizenship**. Forced Migration Review. Vol. 23. Oxford: Refugee Studies Centre, 2009. p.50-51. Disponível em: <<http://www.fmreview.org/en/FMRpdfs/FMR32/FMR32.pdf>>. Acesso em 17 maio 2014

devido aos riscos de uma sociedade devastada por conflitos civis”¹⁹. Por fim, os critérios atuais de atribuição da nacionalidade não levam em consideração os vínculos e a integração efetiva do indivíduo na sociedade em que reside.

O autor continua asseverando que, em um mundo onde quase todos os territórios existentes são propriedade de um Estado, os seres humanos são obrigados a viver no espaço de um destes Estados. Sendo a nacionalidade uma porta de acesso para os direitos, o princípio de que todo ser humano deve possuir uma nacionalidade é um princípio fundamental de justiça, que lhe assegura o direito de ter um lugar no mundo.

Tradicionalmente, a entidade por excelência detentora desta prerrogativa de definir como a filiação a uma comunidade nacional será distribuída é o Estado. Entretanto, cumpre questionar se, diante da importância deste vínculo de filiação e em face da soberania estatal, teriam os Estados um poder indiscriminado de determinar e diferenciar entre os seus nacionais e os não nacionais.

Esta questão foi assumindo importância cada vez maior ao longo do século XX, quando os eventos que sucederam a Primeira Guerra Mundial, os subsequentes acordos de paz e novas conformações politico-geográficas revelaram um fenômeno antes quase inédito no mundo: o das pessoas que não pertenciam a lugar algum, pois não eram cidadãos de nenhum Estado.

A Europa vivenciava um ambiente absolutamente instável, onde “30% dos seus quase 100 milhões de habitantes eram oficialmente reconhecidos como exceções a serem especialmente protegidas por tratados de minorias”²⁰, governados por nações que não eram as suas, retalhados em Estados que os viam como problemas que apenas a total assimilação ou a liquidação poderiam solucionar.

As grandes emigrações de fuga em razão de perseguições foram seguidas de desnacionalizações em massa, fruto de políticas de Estados que preferiam subtrair seus próprios cidadãos a manter sob tutela aqueles que não compactuavam com as opiniões vigentes.²¹

A cada novo evento político formavam-se novos agrupamentos de pessoas desgarradas que levaram à tona uma verdade inconveniente: não bastava ser humano para possuir direitos

¹⁹ Tradução livre. Original em inglês: “*If one is born a citizen of Sweden, one has won first prize in the lottery of life: a life expectancy of 78 with cradle-to-grave care in a stable and prosperous state. If, by contrast, one is born in Liberia, one is unlikely to live beyond 48 years of age, due to the hazards of a society that has been wracked by intense civil conflict*”. *Idem*, p.50.

²⁰ ARENDT, *Op. cit.*, 1989, p. 305.

²¹ *Ibidem*, p. 311.

humanos. Aliás, ser apenas humano, demasiado humano, revelou-se o maior impedimento para usufruir o direito a ter direitos.

A perda do vínculo com a comunidade anulava o ser humano e tornava-o invisível para a comunidade internacional, levando-o à absoluta privação de direitos, uma situação angustiante que “não resulta do fato de não serem iguais perante a lei, mas sim de não existirem mais leis para eles; não de serem oprimidos, mas de não haver ninguém mais que se interesse por eles, nem que seja para oprimi-los”²².

Ao serem desnacionalizadas, essas pessoas foram destituídas de seu lugar no mundo, revelando que o vínculo com um Estado ainda era um elemento fundamental para a exequibilidade dos direitos humanos.

Essa realidade contradisse o que até então se defendia em relação aos direitos inalienáveis do homem. A “abstrata nudez de ser unicamente humano”²³ revelou-se a pior das condições para um indivíduo que, expulso da sua comunidade, perdeu o seu vínculo com a própria humanidade.

Considerando que os direitos humanos realizam-se na esfera mais próxima do indivíduo, ou seja, no local em que vivem fisicamente, e sendo a nacionalidade o fator que liga este indivíduo a um território e faz surgir um dever de proteção assumido pela autoridade que ali exerce sua soberania, a nacionalidade revelou-se um elemento essencial para o acesso à proteção dos direitos humanos.

No entanto, conforme será demonstrado a seguir, este precioso vínculo é também uma das faces da soberania estatal, o que torna a sua regulamentação pelo direito internacional um processo permeado por um embate entre ordens jurídicas.

1.3 A nacionalidade como elemento nuclear da soberania estatal

A doutrina clássica de direito internacional sustenta que para que uma entidade adquira o status de Estado, é preciso constatar a presença de três elementos fundamentais: base territorial, governo independente e comunidade humana²⁴. A Convenção de Montevidéu sobre os Direitos e Deveres dos Estados codificou, em 1933, estes elementos considerados essenciais à existência do Estado listando-os da seguinte maneira em seu artigo 1º: população

²² *Ibidem*, p. 329.

²³ *Ibidem*, p.333.

²⁴ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar . São Paulo: Saraiva, 2011. 13 ed. Ver. aumen. e atual. p. 193.

permanente, território determinado, governo e capacidade de se relacionar com os demais Estados²⁵ – sendo os dois últimos corolários da concepção de governo soberano.

O território é o espaço geográfico terrestre, marítimo, fluvial e aéreo sobre o qual o Estado exerce o seu poder soberano e jurisdição geral e exclusiva, o que significa que não concorre com outros Estados soberanos no exercício de competências de ordem legislativa, administrativa e judicial.²⁶

A perda temporária ou de partes de seu território, entretanto, “não desnatura o Estado, que continua a existir enquanto não se tornar definitiva a impossibilidade de se reintegrar o território com os demais elementos”²⁷. O Estado Palestino, por exemplo, teve sua existência enquanto Estado reconhecida por diversos Estados e pela Organização das Nações Unidas (ONU)²⁸ ainda que seu território esteja ocupado e em disputa com outro Estado.

Em relação ao segundo elemento, é possível confirmar a presença de um governo independente a partir da existência, no âmbito da entidade que se pretende estatal, de órgãos administrativos, executivos, judiciais e legislativos próprios e quando as suas relações internacionais são conduzidas por representantes ou órgãos próprios²⁹. Mais que possuir um governo independente, no entanto, é preciso assegurar que este Estado não se subordina a qualquer autoridade a ele superior. Sendo assim, para além de um governo com órgãos próprios e que se autorrepresente, o Estado deve ser o titular de competências que, apesar de não serem ilimitadas, não são exercidas em concorrência ou em subordinação a uma autoridade superior.³⁰

Neste caso, a ausência temporária de um governo tampouco implica o desaparecimento automático do Estado. A Somália sobreviveu durante décadas sem um governo central, dominada por guerras civis e grupos milicianos, sem que, no entanto, perdesse a sua qualidade de Estado aos olhos da comunidade internacional. A sua sobrevivência seria devida a uma “governança sem governo”, um sistema informal que desponta em resposta à falta de uma autoridade central, a partir do momento em que grupos

²⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, **Convention on Rights and Duties of States**, 1933. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-40.html>>. Acesso em: 26 jan. 2014.

²⁶ REZEK, *Op. cit.*, 2011, p. 193-194.

²⁷ DALLARI, *Op. cit.*, 2003. p. 89.

²⁸ Mesmo reconhecendo a presença de assentamentos e disputas com o Estado de Israel sobre um mesmo território, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas reconheceu a Palestina como um Estado não-membro da organização em votação realizada em 26 de novembro de 2012. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Status of Palestine in the United Nations**. A/67/L.28. 26 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/67/L.28>. Acesso em: 26 jan. 2014.

²⁹ BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997. p.86.

³⁰ REZEK, *Op. cit.*, 2011, p. 259.

empresariais, autoridades tradicionais e organizações da sociedade civil buscam instaurar alguma medida de ordem pública e novas formas de Estado de Direito³¹, o que denota a possibilidade de existência de Estados sem a presença temporária – ainda que longeva - de um governo independente e central.

A despeito da imprescindibilidade de cada um destes elementos, o seu eventual colapso não implica necessariamente a extinção imediata do Estado. Isso se deve ao princípio da continuidade do Estado, que dispõe que, uma vez existente, um Estado tende a continuar existindo, ainda que ocorram modificações significativas sobre seu território ou instaure-se uma ordem anárquica ou dominação estrangeira no local³².

Por fim, a população permanente diz respeito à comunidade humana que se encontra vinculada ao Estado de maneira estável. O elemento da estabilidade, neste sentido, requer que se interprete o termo população não como um mero conjunto de pessoas que se encontram no território do Estado em um determinado momento - o que inclui pessoas em trânsito e estrangeiros migrantes que a qualquer tempo podem retornar ao seu país de origem -, mas como o conjunto de pessoas que mantêm um vínculo perene de nacionalidade com um Estado.

Ao contrário do que ocorre com os demais elementos, a extinção da dimensão pessoal do Estado afeta a sua própria existência, pelo simples fato de que todas as funções do Estado dependem de personificação para existirem. Para atestar a presença de um governo soberano exige-se minimamente a existência de alguma representação humana na direção deste governo, independentemente do seu tamanho numérico ou que se encontre organizado em outras entidades abstratas, como partidos políticos ou coalizões. Esta soberania, por sua vez, manifesta-se internamente na forma de um poder sobre determinados indivíduos que, devido ao vínculo de nacionalidade, devem obediência às determinações do Estado com o qual mantêm essa relação. As relações internacionais entre Estados, por fim, concretizam-se por meio de ações humanas de representantes ou entidades vinculadas em alguma medida ao Estado.

A dimensão pessoal, portanto, é a base do princípio da continuidade do Estado e não é possível conceber a existência de um Estado se há o desaparecimento temporário da sua

³¹ MENKHAUS, Ken. **Governance without Government in Somalia: Spoilers, State Building, and the Politics of Coping**. Disponível em: <<http://www.mitpressjournals.org/doi/pdf/10.1162/isec.2007.31.3.74>>. Acesso em: 26 jan. 2014.

³² REZEK, *Op. cit.*, 2011, p. 335.

comunidade nacional³³. É viável a existência de uma nação sem Estado, como os judeus no passado e os curdos atualmente, mas não é viável a existência de um Estado sem nação.

A determinação desta dimensão pessoal, conforme explica Paul Weis, encontra-se intrinsecamente atrelada à soberania estatal. Sendo a soberania o poder do Estado sobre todas as coisas e pessoas em seu território, é necessário que haja uma determinação de quem são essas pessoas. Esse poder de definir quem constitui e quem está excluído deste grupo de indivíduos, bem como as regras que incidem sobre eles, seria a supremacia pessoal do Estado. Logo, considerando que a soberania é exercida sobre pessoas, o direito de estabelecer quem são essas pessoas antecede e é um pré-requisito da própria soberania.³⁴ Ian Brownlie adiciona, ainda, que uma espécie de prova *prima facie* de que um governo é independente e soberano consistiria na sua competência para criar leis sobre nacionalidade³⁵.

Além de se tratar de um elemento que interfere nas condições de existência da própria entidade estatal, outros fatores também tornam a nacionalidade um tema cujo tratamento reveste-se de extrema sensibilidade e interesse dos Estados.

A partir do momento em que um Estado reconhece um indivíduo como seu nacional, fica estabelecida uma relação de expectativas, direitos, deveres e interesses mútuos. Os indivíduos têm interesse em adquirir uma nacionalidade porque através dela têm acesso aos direitos políticos, civis, econômicos, sociais e culturais assegurados pela ordem jurídica do Estado ao qual se vinculam. O Estado, por sua vez, tem a responsabilidade de garantir aqueles direitos, esperando, em troca, que seus nacionais respeitem suas leis, paguem a sua respectiva cota de impostos, demonstrem lealdade ao seu país – especialmente em situações de guerra – e contribuam para o desenvolvimento e conquista coletiva dos interesses nacionais. Neste sentido, os Estados não têm interesse em estender a sua nacionalidade a qualquer pessoa. Conferir nacionalidade a uma pessoa que já possui a nacionalidade de outro país, por exemplo, leva a questionamentos não apenas sobre a capacidade desta pessoa de se integrar à comunidade e se adequar aos interesses nacionais do Estado, mas da própria lealdade dela para com seu novo país.³⁶

³³ REZEK, José Francisco. **Le Droit Internationale de La Nationalité**. In : Recueil de cours de la Academie de droit internationale de la Haye, Vol. 198. Leiden : Sijthoff, 1986. p. 342.

³⁴ WEIS, Paul. **Nationality and Statelessness in International Law**. Londres: Stevens & Sons Limited, 1956, p. 65.

³⁵ BROWNLIE, Op. cit., loc. cit.

³⁶ ZAGAR, Mitja. Citizenship – nationality: a proper balance between the interests of states and those of individuals. In: **Trends and developments in national and international law on nationality**. 1st European Conference on Nationality. Strasbourg: Council of Europe, 1999. p. 93-111. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/43f202412.html>>. Acesso em: 26 jan. 2013. p. 105-106.

Justamente por se tratar de uma questão tão sensível e condicionante da própria existência do Estado, a nacionalidade foi, por muito tempo, defendida como um tema de domínio reservado da jurisdição interna dos Estados, inalcançável pelo direito internacional.

Conforme será demonstrado a seguir, esta discussão gira em torno da longa tensão entre o direito interno e o direito internacional, cuja disputa encontra-se arraigada nos debates entre monistas e dualistas, em que se confrontam as reafirmações da soberania estatal com as pretensões de supremacia da ordem internacional.

1.4 Desafios à apropriação da nacionalidade pelo direito internacional: tensões entre o domínio reservado dos Estados e o alcance do direito internacional

A teoria de que existiriam temas de domínio reservado dos Estados, que não estão vinculados diretamente ao direito internacional, surge como um corolário do princípio da igualdade soberana e independência dos Estados, sendo explicitado pela primeira vez no Pacto da Liga das Nações, em seu artigo 15(8)³⁷ e, posteriormente, na Carta das ONU, em seu artigo 2(7)³⁸.

Durante o século XIX, o estatualismo exacerbado fazia com que tudo emanasse e encontrasse fundamento na figura do Estado. Defendia-se que toda ordem jurídica existia por causa e em função do Estado, de modo que não havia necessidade de se diferenciar o direito interno do direito internacional. Se apenas a vontade estatal prevalecia, as normas internacionais que gravitavam ao seu redor existiriam por autorização do Estado e, como tal, poderiam ser descumpridas, mesmo em detrimento dos interesses de outros Estados – afinal, qualquer disputa poderia ser resolvida pelo recurso à guerra.

Conforme explica Galindo, a divinização do Estado no monismo com prevalência do direito interno fez “erigir a soberania como dogma inabalável nas relações internacionais, o

³⁷ “Se uma das Partes arguir, e se o Conselho concluir, que o litígio entre elas tem origem em uma questão que, segundo o direito internacional, pertence exclusivamente à jurisdição interna dessa Parte, o Conselho assim relatará e não fará qualquer recomendação quanto à sua resolução” (tradução livre). LIGA DAS NAÇÕES. **Covenant of the League of Nations**. 28 abr. 1919. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/3dd8b9854.html>>. Acesso em: 17 maio 2014.

³⁸ “Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf>. Acesso em: 17 maio 2014.

que trará como consequência a ideia de que o Estado soberano a ninguém se subordina, existindo o direito internacional meramente como seu reflexo, dentro da sua própria vontade”³⁹.

Neste sentido, a divisão entre o que poderia ser tratado pelo direito internacional e o que era de domínio interno exclusivo era irrelevante. O Estado detinha uma soberania plena e qualquer interferência ou sujeição a fatores externos dependiam do seu prévio consentimento.

O mesmo efeito prático foi gerado pelas supervenientes teorias dualistas, segundo as quais o direito interno e o direito internacional eram sistemas separados e independentes, porque regiam e fundavam-se em relações sociais e fontes de direito distintas.⁴⁰ Para Triepel, expoente do dualismo, o direito internacional apenas entraria em contato com o direito interno se, por decisão do poder soberano do Estado, a norma internacional fosse transformada para ser incorporada ao ordenamento doméstico.⁴¹

Houvesse prevalecido o monismo com supremacia do direito estatal ou o dualismo de Triepel, o direito internacional se tornaria inoperante já que, mesmo diante de atos ilegais, nada poderia fazer sem o consentimento explícito do Estado.⁴²

O fim da I Guerra Mundial e a devastação provocada pelo uso desmedido da força vieram também corroborar a conclusão de que o único destino possível para um mundo baseado em voluntarismos extremos e na centralidade do Estado seria a autodestruição. Neste sentido, a criação da Liga das Nações e da Organização das Nações Unidas decorreu da tentativa de se construir mecanismos de diálogos multilaterais sobre temas de interesse comum, a fim de evitar que o tratamento unilateral gerasse conflitos e instabilidades na ordem internacional.

Paralelamente, a proibição do recurso à guerra no Pacto de Briand-Kellog deslocou para o direito internacional a função de regular a paz e segurança internacionais, através da regulamentação do uso da força, dos mecanismos de solução de controvérsias e de temas que poderiam afetar a estabilidade das relações entre os países. Consequentemente, a proliferação de tratados e de práticas dos Estados alcançou novas áreas da vida humana, expandindo o

³⁹ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Conflito entre tratados internacionais de direitos humanos e constituição**: uma análise do caso brasileiro. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2001. p. 14.

⁴⁰ TRIEPEL, Karl Heinrich. **As relações entre o direito interno e o direito internacional**. Trad. Amílcar de Castro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal e Minas Gerais. Belo Horizonte. Vol. 17, N. 06, 1966. p.09-10.

⁴¹ *Ibidem*, 1966, p. 25-26.

⁴² D’AMATO, Anthony. *Domestic jurisdiction*. p. 132-137. In: BERNHARDT, Rudolph. **Encyclopedia of public international law**. The Netherlands: Elsevier Science Publishers, 1987. p.133.

escopo normativo do direito internacional, inclusive em áreas que antes eram monopólio exclusivo dos Estados.⁴³

Neste contexto de expansão do direito internacional, a inserção de dispositivos como o artigo 15(8) no Pacto da Liga das Nações e o artigo 2(7) na Carta da ONU foram uma tentativa de livrar alguns temas considerados vitais à soberania estatal da interferência externa de outros atores e sistemas jurídicos.

No entanto, a definição sobre o que pertence, exclusiva ou essencialmente, à jurisdição interna dos Estados não é precisa, e tampouco tem um conteúdo estático.

D'Amato compila quatro teorias que, conforme explica, objetivam estabelecer as fronteiras das áreas que estariam adstritas à jurisdição doméstica dos Estados. A primeira teoria, *essencialista*, defende que alguns temas seriam, por sua própria natureza, exclusivamente domésticos. O autor refuta essa abordagem, no entanto, dispondo que, em um ambiente de desenvolvimento progressivo do direito internacional, congelar um tema na esfera doméstica acabaria por impedir o direito internacional de regulamentá-lo, ainda que houvesse se tornado de interesse coletivo e supranacional. A segunda teoria, *relativista*, afirma que o domínio estatal começa no ponto em que termina o domínio do direito internacional. Ou seja, tudo que não for abordado pelo direito internacional recairia no domínio doméstico, sendo que essas fronteiras poderiam se expandir ou contrair a depender do contexto. A teoria é falha na medida em que não cria um espaço autônomo de jurisdição doméstica, mas meramente residual. A terceira teoria não estabelece nenhuma fronteira precisa, sugerindo um congelamento temporal do espaço de domínio doméstico no momento em que o Pacto da Liga das Nações ou a Carta da ONU foram consolidados. A última teoria, *autointerpretativa*, estaria baseada na Reserva *Connally*, segundo a qual o próprio Estado teria o poder de determinar os temas que comporiam a sua jurisdição exclusiva, o que suscita problemas relativos à efetividade de uma cláusula que não tenha possibilidade de controle externo por um ente não interessado.⁴⁴

Para Lauterpacht, o domínio doméstico não deveria ser definido como aquilo que não é regulado pelo direito internacional ou o que, por sua natureza, não terá repercussões internacionais, pelo simples fato de que na era moderna da interdependência política e

⁴³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **International Law for Humankind: towards a new jus gentium**. The Netherlands: The Hague Academy of International Law, 2010. p.170-171.

⁴⁴ D'AMATO, *Op. cit.*, 1987, p. 132-133.

econômica é comum nos depararmos com temas que, apesar de aparentemente domésticos, são, em realidade, essencialmente internacionais.⁴⁵

O autor propõe, assim, que o conteúdo do domínio reservado à jurisdição interna seja analisado sob a ótica teleológica e histórica do tema em questão, à luz da Carta da ONU e das relações internacionais. A ótica que denominamos aqui teleológica estaria traduzida, nas palavras do autor, no fato de que a Carta da ONU elenca repetidas vezes os propósitos da organização. Deste modo, a determinação do conteúdo da jurisdição doméstica dos Estados deve estar sempre norteadada pela efetivação dos objetivos da ONU, ou seja, não se admite a imposição de barreiras ao direito internacional quando um tema possa afetar a paz e segurança internacionais, por exemplo.⁴⁶

De acordo com a perspectiva histórica, por sua vez, seria preciso reconhecer que determinados temas ainda não foram convertidos em obrigações internacionais porque, historicamente, foram reservados ao tratamento da jurisdição interna dos Estados. Os exemplos apontados são a regulação de tarifas e a admissão de estrangeiros, o que na opinião do autor seriam:

[...] questões típicas – e, de acordo com alguns, amplamente idênticas - das “matérias de jurisdição doméstica”. Elas o são a tal nível que, em relação a elas, seria necessária a apresentação de uma prova específica de que uma disputa ou situação relacionada com o tema se tornou uma questão de preocupação internacional em razão de repercussões da paz internacional. Isso porque, em relação a elas, a exclusividade da jurisdição doméstica foi, tradicionalmente, uma regra de direito internacional.⁴⁷

À época da Liga das Nações, concebia-se que impostos e imigração, por exemplo, estariam enquadrados no âmbito da jurisdição doméstica exclusiva.⁴⁸ O tema da nacionalidade foi confinado por muito tempo neste mesmo contexto e a questão chegou a ser alvo de análise da Corte Permanente de Justiça Internacional, em 1923. Na Opinião Consultiva sobre os Decretos de Nacionalidade na Tunísia e no Marrocos, o tribunal internacional se manifestou sobre o estado da arte em relação ao domínio dos Estados na determinação da nacionalidade aduzindo o que segue:

⁴⁵ LAUTERPACHT, Hersch. **International Law of Human Rights**. Great Britain: Steven and Sons Limited, 1950. p. 175.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 174-175.

⁴⁷ Tradução livre. Original em inglês: “*They are questions which are typical of – according to some, identical with – ‘matters of domestic jurisdiction’*. *They are so to such a degree that, in relation to them, particularly exacting proof would be required that a dispute or situation connected with them has become a matter of international concern because of considerations of international peace. For in relation to them the exclusiveness of domestic jurisdiction has been traditionally rule of international law*”. *Ibidem*, p. 178-179.

⁴⁸ WEIS, *Op. cit.*, 1956, p. 66-67.

A questão sobre se uma matéria é ou não exclusiva da jurisdição do Estado é uma questão essencialmente relativa; depende do desenvolvimento das relações internacionais. Logo, no presente estado do direito internacional, questões de nacionalidade são, na opinião da Corte, em princípio parte desse domínio reservado.⁴⁹

A Corte, por outro lado, também reconhece naquela oportunidade que mesmo em uma seara onde a jurisdição do Estado é dominante, isso não implica necessariamente o completo alheamento do direito internacional, uma vez que as obrigações assumidas no plano internacional pelos Estados teriam o condão de restringir a sua discricionariedade no âmbito interno.⁵⁰

Em 1920, uma Comissão de Juristas foi designada pelo Conselho da Liga das Nações para opinar no caso *Aaland Islands*, em que se buscava confirmar se a questão em litígio entre a Suécia e a Finlândia era ou não um tema que deveria ser deixado para a jurisdição doméstica exclusiva dos Estados. A Comissão de Juristas ponderou, inicialmente, que uma questão não se torna de interesse internacional apenas porque foi suscitada por um Estado nos fóruns internacionais. O que, de fato, definiria se um tema é de interesse internacional são as suas características intrínsecas e especiais⁵¹.

Com efeito, em 1945, o dinamismo das relações internacionais e as mudanças provocadas nas relações entre o direito interno e internacional foram refletidas na Carta da Organização das Nações Unidas. Ao contrário da sua predecessora, a Carta de São Francisco abandona a expressão “temas de competência *exclusiva* dos Estados” para adotar uma nova terminologia em seu artigo 2º (7): “temas que são essencialmente da competência das jurisdições internas”.⁵²

Este novo texto abriu espaço para uma reflexão sobre a validade de se manter uma rígida divisão entre temas de jurisdição doméstica e temas de jurisdição internacional, sobretudo considerando-se os desenvolvimentos no direito da nacionalidade, adiante explicitados.

⁴⁹ Tradução livre. Original em inglês: “*The question whether a certain matter is or is not solely within the jurisdiction of a State is an essentially relative question ; it depends upon the development of international relations. Thus, in the present state of international law, questions of nationality are, in the opinion of the Court, in principle within this reserved domain*”. CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. **Advisory Opinion No. 4, Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco**. 07 de fev. de 1923. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/44e5c9fc4.html>>. Acesso em 20 dez. 2013. p.24.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ LIGA DAS NAÇÕES. **Report Of the International Committee of Jurists entrusted by the Council of the League of Nations with the task of giving an advisory opinion upon the legal aspects of the Aaland Islands question**. Outubro, 1920. Disponível em: <<http://www.ilsa.org/jessup/jessup10/basicmats/aaland1.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2014. p. 02.

⁵² WEIS, *Op. cit.*, 1956, p. 68.

Cançado Trindade promoveu um estudo acerca da interpretação do que seria este domínio reservado do ponto de vista das organizações internacionais. O autor concluiu, inicialmente, que não havia uma prática uniforme nessa matéria, dependendo estritamente das circunstâncias do contexto no qual a prática estatal estava inserida.⁵³

Ao utilizarem a objeção do domínio reservado no âmbito da ONU, os Estados estavam menos preocupados com a defesa de limitações jurídicas à competência da organização, e mais com a repercussão política daquele artifício sobre seus oponentes ideológicos.⁵⁴

Na maioria dos casos em que foram instados a analisar esta questão, os órgãos da ONU conseguiram contornar o argumento do domínio reservado e aprovar resoluções sobre o tema em disputa com o Estado. Os casos em que a ONU se manteve inoperante decorreram essencialmente de posturas estatais de obstruir a aprovação de resoluções, sobretudo através do veto no âmbito do Conselho de Segurança.⁵⁵

Apesar de a definição sobre o que seria o domínio reservado dos Estados haver sido casuística, o fato é que prevalece na ONU o entendimento de que não cabe ao Estado interpretar, unilateralmente, quais são os seus direitos, obrigações ou responsabilidades decorrentes de tratados ou normas costumeiras.⁵⁶

Em se tratando do tema da nacionalidade, é certo que os Estados permaneciam particularmente apreensivos contra qualquer influência externa, e se negavam a renunciar à sua competência exclusiva. A relutância e o desejo estatal em manter o tema sob seu domínio absoluto justificava-se no fato de que, conforme visto anteriormente, a nacionalidade é justamente o fator que assegura, em última instância, a existência e preservação do Estado.⁵⁷

Neste diapasão, em 1955, a Corte Internacional de Justiça se pronunciou a respeito dos motivos pelos quais a nacionalidade ainda seria um tema de regulação eminentemente das ordens domésticas, dispondo o seguinte:

As características reconhecidas na esfera internacional em relação à nacionalidade não são de modo algum inconsistentes com o fato de que o Direito Internacional deixa a cargo de cada Estado a determinação das regras que irão regulamentar a concessão da sua própria nacionalidade. A razão para isso é a diversidade de condições demográficas que tornaram impossível o alcance de qualquer acordo geral sobre regras de nacionalidade, ainda que esse tema, pela sua própria natureza, afete as relações internacionais. Considera-se que a melhor forma de fazer com que essas

⁵³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O Estado e as Relações Internacionais**: o domínio reservado dos Estados na prática das Nações Unidas e Organizações Regionais. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1979. p.17.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 18.

⁵⁵ *Ibidem*, p.19-21.

⁵⁶ *Ibidem*, p.22.

⁵⁷ WEIS, *Op. cit.* 1956, p. 67.

regras estejam de acordo com as variações das condições demográficas de cada país é deixar que a criação dessas normas seja parte da competência de cada Estado.⁵⁸

A Corte, portanto, atribuiu às diferentes dinâmicas e dimensões populacionais de cada país a razão para não haver um regramento internacional comum sobre nacionalidade, ainda que haja reconhecido, por sua vez, se tratar de um tema relevante para as relações internacionais.

Kay Hailbronner, inclusive, chama a atenção para a aleatoriedade com que os critérios para a aquisição de uma nacionalidade são adotados. Segundo o autor, a forma como determinados indivíduos se agruparam a ponto de formar uma comunidade nacional e, posteriormente, um Estado, não necessariamente encontra-se refletida nos métodos de aquisição de nacionalidade adotados posteriormente. Existiriam Estados que, mesmo formados a partir de um traço étnico comum dos indivíduos que integram a sua comunidade nacional, adotam critérios distintos para a extensão do seu vínculo de nacionalidade, da mesma forma que Estados formados a partir de convicções políticas comuns também adotam critérios distintos para deferir sua nacionalidade a outros indivíduos. Estes exemplos ensejariam a conclusão de que a nacionalidade seria, na maioria das vezes, definida através de concepções fortuitas de cada país.⁵⁹

Neste contexto, em razão da sua importância e relevância das questões políticas envolvidas, persistia a concepção de que a nacionalidade era um tema que deveria ser regulado, primariamente, pelo direito doméstico dos Estados.

No início do século XX, no entanto, países como a França, Portugal, Bélgica, Itália, Egito, Turquia, Áustria e Alemanha passaram a utilizar o seu domínio reservado em temas de nacionalidade para criar legislações que promoviam a desnacionalização em massa de cidadãos naturalizados ou que representassem uma ameaça à segurança nacional ou não fossem dignos da cidadania que detinham, em razão de características étnicas ou condutas criminosas, hostis ou contrárias aos interesses do país de origem, por exemplo.⁶⁰

⁵⁸ Tradução livre. Original em inglês: “*The character thus recognized on the international level as pertaining to nationality is in no way inconsistent with the fact that international law leaves it to each State to lay down the rules governing the grant of its own nationality. The reason for this is that the diversity of demographic conditions has thus far made it impossible for any general agreement to be reached on the rules relating to nationality, although the latter by its very nature affects international relations. It has been considered that the best way of making such rules accord with the varying demographic conditions in different countries is to leave the fixing of such rules to the competence of each State*”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Nottebohm Case (Liechtenstein vs Guatemala)**. Julgamento de 06 de abril de 1955. p. 23.

⁵⁹ HAILBRONNER, Kay. Nationality in Public International Law and European Law. In: BAUBOCK, Rainer et al. **Acquisition and Loss of nationality: a comparative analysis**. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2006. vol. 1. p. 35.

⁶⁰ ARENDT, *Op. cit.*, 1989, p.312, nota de rodapé 25.

Estas medidas acabaram colocando milhares de pessoas em situação de apatridia, sem a proteção de nenhum governo e sob a ameaça constante de serem expulsos ou devolvidos para países em que suas vidas estavam em risco. Na absoluta ausência de regulamentos internacionais para a proteção destes povos sem Estado, a solução para a questão parecia ser possível apenas pela repatriação ou naturalização destas pessoas. No entanto, como nenhum país aceitou recebê-las e a tendência prevalecente era justamente o cancelamento em massa de nacionalidades, o problema foi apenas se agravando.⁶¹

A Carta das Nações Unidas menciona em seus artigos 1º e 55 que um de seus objetivos precípuos é a promoção e o estímulo do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais. Esta meta é reforçada pelos artigos 13 e 62 daquele diploma, que destacam idêntico fim dentre as atribuições da Assembleia Geral e do Conselho Econômico e Social, dois de seus principais órgãos. Recordando a formulação de Lauterpacht, o fato de integrarem um dos propósitos fundamentais da ONU eleva os direitos humanos à categoria de temas que não podem ficar exclusivamente vinculados à jurisdição interna dos Estados, ainda que fatores históricos não devam ser ignorados⁶².

A prática da ONU, por sua vez, preocupou-se em demonstrar efetivamente que o tratamento de seus cidadãos não é mais um assunto do domínio reservado dos Estados. Em se tratando de violações de direitos humanos, como aquelas que foram discutidas nos casos da África do Sul à época do regime de *apartheid*, por exemplo, os órgãos políticos da ONU reafirmaram reiteradas vezes em suas resoluções que o tema não recairia sob a esfera do domínio reservado dos Estados – mesmo diante de inúmeras objeções do Estado sul-africano.⁶³

Por conseguinte, o movimento de construção de um regime de proteção internacional dos direitos humanos, de criação de tribunais internacionais *ad hoc* e cortes regionais para julgar violações de direitos humanos e, finalmente, o redimensionamento do indivíduo enquanto sujeito de direito internacional mitigaram consideravelmente a teoria do domínio reservado à jurisdição doméstica e demonstraram quão inútil é tentar compartimentalizar direito internacional e direito interno.⁶⁴

O dinamismo das relações internacionais evidencia a inviabilidade de se criar qualquer critério objetivo estático para determinar os limites do domínio reservado dos Estados, pois

⁶¹ *Ibidem*, p.313-319.

⁶² LAUTERPACHT, *Op. cit.*, 1950, p. 178-179.

⁶³ CANÇADO TRINDADE, *Op. cit.*, 1979, p.24-26.

⁶⁴ GALINDO, *Op. cit.*, 2001, p.27-29.

conforme pontuado pela Corte Permanente de Justiça Internacional, o escopo varia de acordo com o estágio de desenvolvimento da ordem internacional. Sendo um conceito cada vez mais mutável, seria preciso manter uma abordagem flexível e voltada para a responsabilização dos Estados por quaisquer atos que afetem a sociedade internacional, em áreas de interesse internacional.⁶⁵

Diante disso, Cançado Trindade aprofunda ainda mais a crítica ao domínio reservado para dispor que “ao final do século XX, é muito difícil negar que a objeção do domínio reservado dos Estados se tornou um resquício do passado, de relevância apenas para a história”⁶⁶. Inicia-se, assim, um movimento de codificação de princípios e costumes internacionais no campo do direito da nacionalidade, conforme será demonstrado a seguir.

1.5 O padrão mínimo para a determinação da nacionalidade no direito internacional

As diásporas que dispersaram milhões de pessoas nos últimos séculos provocaram um processo de fragmentação de identidades entre as populações deslocadas. Sentimentos de lealdade à terra natal mesclavam-se com a assimilação de novos códigos culturais durante o processo de integração local em um novo território. Paralelamente, expatriações forçadas por razões étnicas, políticas e religiosas também obrigaram milhares a buscar reconstruir suas vidas em novas comunidades. Estes processos fizeram com que os indivíduos adquirissem novos vínculos, tornando cada vez mais comum a multiplicidade de filiações.

As grandes guerras mundiais, por outro lado, convocavam os indivíduos a provar sua lealdade à pátria e o serviço militar obrigatório conclamava os nacionais a se unirem em defesa do Estado. Muitos deles, no entanto, ao serem acolhidos em novos territórios, já não tinham um código de fidelidade tão claramente direcionado à terra natal. Pelo contrário, o novo vínculo de lealdade havia sido, inclusive, recriado com a comunidade receptora.

Na tentativa de solucionar parte destes impasses, surgiram alguns tratados bilaterais entre países de imigração e emigração, a exemplo dos Tratados de *Bancroft* de 1868, que buscaram balancear os interesses entre os Estados Unidos da América – interessados em adquirir novos nacionais - e a Federação Alemã do Norte e alguns estados do sul –

⁶⁵ CANÇADO TRINDADE, *Op. cit.*, 1979, p.43.

⁶⁶ Tradução livre. Original em inglês: “By the end of the XXth century, it could hardly be denied that the objection of the reserved domain of States had become a remnant of the past, of simply historical interest”. CANÇADO TRINDADE, *Op. cit.*, 2010, p. 177

preocupadas com a manutenção da lealdade e nacionalidade daqueles que outrora residiram em seu território. O referido ajuste estipulou a perda da nacionalidade dos imigrantes que se encontrassem há um determinado período de tempo ou houvessem ingressado no serviço militar no país receptor.⁶⁷

Ocorre que o processo de rompimento e reconstrução de vínculos entre indivíduos e Estados no contexto das migrações, o aumento do número de pessoas com dupla nacionalidade e a constatação de que alguns princípios e práticas tradicionais potencializavam o problema da apatridia, há muito nutria no direito internacional a preocupação com os conflitos gerados pelas leis de nacionalidade e seus efeitos nas relações internacionais.

A necessidade de regulação de alguns parâmetros foi sentida pelos internacionalistas que, a partir de uma provocação inicialmente desencadeada pela Liga das Nações, passaram a se preocupar com a codificação de práticas, princípios e normas, desencadeando uma gradual construção de um marco normativo para lidar com as lacunas do direito internacional em relação ao instituto da nacionalidade.

Para Rezek, o tratamento da nacionalidade pelo direito internacional não é uma opção, uma tendência ou uma escolha histórica dos Estados, mas uma resposta a uma necessidade elementar de coexistência.⁶⁸ Isso porque, trata-se de um tema que afeta diretamente questões de território e domínio da soberania de um Estado, conforme explica o autor:

A disciplina jurídica da nacionalidade de um Estado diz respeito à definição do seu território: toda a sociedade internacional possui interesse nele, pois se trata de uma determinação do espaço sobre o qual o Estado em questão exerce a sua soberania, e onde, portanto, a soberania dos outros Estados e do regime dos espaços comuns é excluída.⁶⁹

O autor ainda menciona a diferenciação entre direito internacional voluntário e direito internacional necessário para justificar a necessidade de regulação daquele tema pelo direito internacional.

O direito internacional voluntário seria nada mais que um aperfeiçoamento da ordem jurídica internacional, através da positivação de temas como o direito do trabalho, preservação das florestas e saúde pública, os quais não seriam, por sua vez, absolutamente necessários para a existência de uma sociedade de Estados. A nacionalidade, por sua vez, assim como o direito diplomático, do mar e da guerra, seria um tema que compõe o direito internacional

⁶⁷ HAILBRONNER, *Op. cit.*, 2006, p. 49.

⁶⁸ REZEK, *Op. cit.*, 1986, p.351.

⁶⁹ *Ibidem.*

necessário na medida em que, sem a sua regulação, os Estados não poderiam ultrapassar as etapas primitivas da sua existência. A repartição de territórios dos Estados interessa ao direito internacional na medida em que representa uma repartição do espaço físico do planeta. Este processo, por conseguinte, implica a diferenciação entre os que são nacionais de um Estado e moradores daquele território, das pessoas que são qualificadas como estrangeiros e que se pressupõe que estejam vinculadas a outros territórios.⁷⁰

Conforme será determinado a seguir, no entanto, a regulamentação da nacionalidade é marcada por uma dualidade perene entre as prerrogativas da soberania estatal e as limitações construídas pelo direito internacional a partir de costumes, tratados, princípios gerais e, principalmente, da evolução do direito internacional dos direitos humanos.

1.5.1 O marco inicial dos tratados de Haia

Em 1924, o Conselho da Liga das Nações instituiu um Comitê de Especialistas para a Progressiva Codificação do Direito Internacional, atribuindo-lhe o mandato de apresentar temas de direito internacional cuja regulação seria desejável e factível de realização naquele momento.

O Comitê concluiu que os conflitos de leis sobre nacionalidade eram um tema relevante e que poderia ser solucionado a partir de convenções internacionais, as quais, naquele momento, não encontrariam obstáculos políticos para serem negociadas, de acordo com a avaliação dos especialistas. Como parte do processo preparatório, questionários foram enviados a diversos governos, trinta dos quais manifestaram seus pontos de vista em relação ao direito internacional e práticas vigentes, bem como sobre as modificações desejáveis.⁷¹

Questionou-se se, sendo a nacionalidade um tema inerente à soberania dos Estados e tendo os demais Estados o dever de reconhecer que os Estados têm o direito de legislar sobre isso, haveria limites ao direito legislativo estatal? Estaria um Estado obrigado a reconhecer os efeitos da legislação de outro Estado sobre nacionalidade? Os Estados Unidos e a Grã-Bretanha enfatizaram questões interessantes para o estudo.⁷²

A Grã Bretanha ponderou que o mero fato de a nacionalidade ser um tema que geralmente diz respeito à esfera doméstica dos Estados não exclui a possibilidade de se

⁷⁰ *Ibidem*, p. 352.

⁷¹ HUDSON, Manley O. **Report on Nationality, Including Statelessness**. Documento A/CN-4/50. Extract from the Yearbook of the International Law Commission. 1952, vol. II. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_50.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2013. p. 05.

⁷² WEIS, *Op. cit.* 1956, p. 83.

imporem restrições à sua liberdade de legislar, a partir das obrigações que este Estado tem perante outros Estados. Não existiria uma coincidência entre o direito de um Estado de legislar sobre nacionalidade e o dever de outro Estado de reconhecer os efeitos dessa legislação. Um Estado poderia se recusar a reconhecer os efeitos das legislações que sejam prejudiciais aos seus próprios direitos enquanto Estado. Os Estados Unidos, por sua vez, ponderaram que os Estados não têm um poder ilimitado para determinar a nacionalidade dos indivíduos, pois não lhes cabe estender o seu vínculo para qualquer pessoa que lhe agrade. A abrangência do direito de determinar a nacionalidade é limitada pelos direitos e obrigações dos indivíduos e dos demais Estados.⁷³

A maioria dos governos ponderou que o direito de determinar a nacionalidade não é ilimitado, alguns negaram a existência de princípios gerais limitadores e, entre os que acreditam na sua existência, não houve consenso sobre a natureza desses princípios. A maioria dos Estados concordou que o dever de reconhecer legislações sobre nacionalidades era condicionado ao fato de essas leis não violarem obrigações internacionais.⁷⁴

Compiladas as contribuições dos Estados, realizou-se em 12 de abril de 1930 a Conferência de Haia para a Codificação do Direito Internacional, na qual foram adotados quatro tratados multilaterais sobre nacionalidade: a Convenção sobre Determinadas Questões Relativas aos Conflitos de Leis sobre Nacionalidade; o Protocolo relativo às Obrigações Militares em Determinados Casos de Dupla Nacionalidade; o Protocolo Relativo a Determinados Casos de Apatridia; e o Protocolo Especial sobre Apatridia. À exceção do último protocolo – que apenas atingiu o número mínimo de ratificações para passar a vigor em 2004⁷⁵ -, os demais passaram a vigor a partir de 1937.⁷⁶

Por representar o primeiro tratado global propositadamente acordado com o intuito de regulamentar questões de preocupação comum dos Estados em relação à nacionalidade, a Convenção de Haia de 1930 inaugurou e norteou, a partir de então, a construção dos padrões mínimos de determinação da nacionalidade de acordo com o direito internacional.

O Artigo 1º da Convenção de Haia cristaliza o princípio basilar do regramento da nacionalidade ao dispor que cabe a cada Estado determinar, de acordo com seu direito interno, quem são os seus nacionais.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Idem*, p.84.

⁷⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations Treaty Collection**: Special Protocol Concerning Statelessness. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/publication/mtdsg/volume%20ii/lon/partii-2.en.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

⁷⁶ HUDSON, *Op. cit*, 1952, p.06.

No entanto, mesmo após ceder uma aparente vitória ao direito interno, a Convenção de Haia devolve ao direito internacional o controle sobre a discricionariedade estatal, deixando em evidência que a prerrogativa conferida pela soberania dos Estados para legislar no âmbito interno sobre questões de nacionalidade não se encontra absolutamente livre de restrições no plano internacional⁷⁷. O Artigo 1º segue, neste sentido, dispondo que “esta norma interna deve ser reconhecida por outros Estados, desde que consistente com convenções internacionais, costumes internacionais e princípios de direito geralmente reconhecidos em matéria de nacionalidade”⁷⁸.

O artigo 2º dispõe que todas as questões relativas à constatação de se um indivíduo possui a nacionalidade de um Estado devem ser solucionadas à luz da legislação interna do Estado em questão. Isso significa que, por outro lado, se o Estado não reconhece um indivíduo como seu nacional, os princípios e costumes de direito internacional não podem ser invocados para atribuir-lhe nacionalidade. Ou seja, as normas internacionais podem negar os efeitos internacionais de uma nacionalidade atribuída por um Estado, porém, não têm capacidade de criar o vínculo de nacionalidade que o indivíduo pretende obter e o Estado nega possuir⁷⁹.

Os artigos subsequentes da Convenção de Haia de 1930 dispõem, ainda, sobre dupla nacionalidade e proteção diplomática; sobre nacionalidade da mulher casada e regras para lidar com legislações patriarcais que estipulam a perda da nacionalidade da mulher que casa com homem estrangeiro; e sobre nacionalidade de crianças, em especial os filhos de diplomatas ou de pais desconhecidos.

Ainda não existem muitas regras de direito internacional positivadas no campo da nacionalidade. Após a conferência de Haia de 1930, que criou novas regras, as conferências subsequentes se mantiveram bem mais recatadas e se limitaram a codificar as regras já existentes.⁸⁰ E mesmo estas normas tiveram aceitação lenta e poucas adesões até os dias atuais.

Os tratados multilaterais tiveram, no entanto, o papel de servir de veículo de divulgação de diversas normas que, hoje, se tornaram prestigiadas pela doutrina e jurisprudência. Apesar de não se tratarem de normas obrigatórias cujo descumprimento

⁷⁷ REZEK, *Op. cit.*, 1986, p. 371.

⁷⁸ Tradução livre. Original em inglês: “Article 1. It is for each State to determine under its own law who are its nationals. This law shall be recognised by other States in so far as it is consistent with international conventions, international custom, and the principles of law generally recognised with regard to nationality”.

⁷⁹ REZEK, *Op. cit.*, 1986, p. 372.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 385.

implique ato ilícito, a não observância pode levar à contestação do vínculo no plano internacional.⁸¹

1.5.2 Análise evolutiva da jurisprudência internacional sobre nacionalidade

Desde os princípios do século XX, órgãos jurisdicionais e tribunais internacionais tangenciaram em algumas decisões o tema da regulação da nacionalidade e as limitações impostas pelo direito internacional à competência legislativa dos Estados.

As decisões variam de acordo com fatores como o contexto da época em que foram proferidas, o marco normativo vigente, em especial em relação aos regimes de direitos humanos, as bases nas quais os tribunais estão fincados, dentre outros aspectos.

Analisar-se-á, a partir de então, as teorias construídas e defendidas nas principais decisões internacionais que lidaram com o tema da relação do direito internacional com o instituto da nacionalidade.

a) O caso dos *Decretos de Nacionalidade de Tunis e Marrocos* e a jurisdição exclusiva dos Estados (1923)

Em 1921, a França emitiu decretos em Tunis e Marrocos que reconheciam a nacionalidade francesa dos indivíduos que ali se encontrassem e preenchessem alguns requisitos. Diante disso, a Grã-Bretanha acionou o Conselho da Liga das Nações alegando que os decretos da França estariam abrangendo nacionais britânicos e que, com a imposição da nacionalidade francesa, a França estaria violando o direito internacional.⁸²

O Conselho da Liga das Nações, portanto, solicitou à Corte Permanente de Justiça Internacional uma Opinião Consultiva sobre se o tema em questão - aplicação dos decretos de nacionalidade franceses a cidadãos britânicos - era um tema de direito internacional, ou se seria apenas um assunto de jurisdição doméstica.⁸³

Apesar de não se tratar de uma decisão sobre a natureza do direito da nacionalidade em si, a Corte trouxe importantes observações sobre a questão da jurisdição exclusiva dos Estados nas questões de direito da nacionalidade.

⁸¹ *Ibidem*, p. 386.

⁸² CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL, *Op. cit.*, 1923, p. 16-18.

⁸³ *Ibidem*, p. 08.

Inicialmente, a Corte reafirmou o princípio já estabelecido pelo Conselho da Liga das Nações no caso *Aaland Islands* no sentido de que o mero ato de um Estado trazer para um fórum internacional uma questão, não faz dela um tema de caráter internacional, da mesma forma que o mero fato de uma das partes alegar no plano internacional que um tema é da jurisdição doméstica exclusiva dos Estados não torna a questão um tema de direito interno.⁸⁴

Questões exclusivas da jurisdição doméstica seriam, para a Corte, aquelas que, apesar de poderem se aproximar do interesse de outros Estados, não são reguladas pelo direito internacional. Nestes casos, o Estado seria o único autorizado a decidir.⁸⁵

A Corte pontuou, contudo, que se a validade de instrumentos internacionais influenciar na decisão do caso, a questão deixa de ser exclusiva da jurisdição doméstica e ingressa no domínio do direito internacional, de modo que “o direito do Estado de usar seu poder discricionário, no entanto, é restringido pelas obrigações que ele assumiu perante outros Estados. Nestes casos, uma jurisdição que, em princípio, pertence apenas ao Estado, é limitada por regras de direito internacional”⁸⁶.

Paul Weis analisa que, no curso das alegações, os Estados envolvidos também fizeram observações importantes sobre questões de nacionalidade. A Grã-Bretanha alegou que o poder do Estado de conferir ou impor sua nacionalidade é parte inseparável da sua soberania, mas que, no entanto, a jurisdição doméstica do Estado é limitada pelo território sobre o qual exerce sua soberania. A França, por outro lado, alegou que o direito de opção por uma nacionalidade não era um princípio do direito internacional e que, em caso de conflito entre *jus sanguinis* e *jus soli*, o último deve prevalecer.⁸⁷

Apesar de, ao final, o caso haver sido resolvido numa troca de notas que adotou o direito de opção por uma das nacionalidades envolvidas em determinados casos⁸⁸, a Corte terminou por concluir que o motivo da celeuma entre os Estados não era um tema exclusivo da jurisdição doméstica, de acordo como direito internacional.⁸⁹

A posição da Corte inaugurou o debate sobre os limites do domínio reservado dos Estados em matéria de nacionalidade e acabou sendo, de certa forma, cristalizada na Convenção de Haia relativa à nacionalidade, alguns anos mais tarde.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 25.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 23-24.

⁸⁶ Tradução livre. Original em inglês: “[...] *the right of a State to use its discretion is nevertheless restricted by obligations which it may have undertaken towards other States. In such a case, jurisdiction which, in principle, belongs solely to the State, is limited by rules of international law*”. *Ibidem*, p.24.

⁸⁷ WEIS, *Op. cit.*, 1956, p. 75.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 75.

⁸⁹ CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL, *Op. cit.*, 1923, p. 32.

b) O caso *Nottebohm* e a doutrina da efetividade da nacionalidade (1955)

Federico Nottebohm era um nacional da Alemanha que mantinha diversos negócios na Guatemala, juntamente com outros dois irmãos que ali também viviam. Durante 34 anos morou na Guatemala, tendo feito algumas viagens à Alemanha por motivos de negócios e visitas a familiares. Ele tinha também um irmão em Liechtenstein, que visitou uma vez durante esse tempo. Após o início da II Guerra Mundial, Nottebohm solicitou e obteve a naturalização em Liechtenstein, obtendo assim a nacionalidade de um país neutro, após cumprir todos os procedimentos e requisitos estabelecidos pela legislação interna deste último Estado. Após ter sido impedido de retornar à Guatemala, onde estavam todas as suas propriedades, o Governo de Liechtenstein acionou a Corte Internacional de Justiça invocando seu direito de proteção estatal a um nacional e requerendo reparações pelas violações ao seu direito de propriedade.⁹⁰

Diante da contestação da Guatemala, a Corte foi incumbida de analisar uma questão prejudicial de admissibilidade, que consistia justamente na aferição sobre se Liechtenstein tinha ou não o direito de exercer a sua proteção diplomática em benefício de Nottebohm.

O tribunal internacional esclareceu que sua análise não levaria em consideração a validade da naturalização de Nottebohm em relação à legislação doméstica de Liechtenstein. Por outro lado, sua análise seria enfocada na questão de se o ato que concedeu a nacionalidade a Nottebohm é um ato que produz efeitos no plano internacional, perante os demais Estados.⁹¹ Ou seja, a questão primordial do caso era se um ato unilateral de um Estado (o de conceder sua nacionalidade) pode ser oposto perante outro Estado no plano internacional, na forma do direito de exercer proteção diplomática em favor dos seus nacionais.

O aresto dispôs que todo Estado soberano tem o direito de estabelecer em suas legislações internas os critérios para a aquisição de sua nacionalidade, seja de maneira originária ou secundária, mediante naturalização. Segundo a Corte, a nacionalidade determina os direitos e obrigações da pessoa que a ostenta, perante a jurisdição doméstica de um Estado, e os efeitos da sua concessão operam, em sua grande maioria, no âmbito interno do Estado que confere a nacionalidade.⁹²

Enquanto o nacional se encontra nos limites da jurisdição doméstica do seu próprio Estado, este último tem o direito de protegê-lo. Uma vez trasladada à seara internacional, no

⁹⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Op. cit.* 1955. p. 13.

⁹¹ *Ibidem*, p. 15-17.

⁹² *Ibidem*, p. 20.

entanto, cabe ao direito internacional determinar se o Estado ainda tem esse direito de exercer a sua proteção.⁹³

Para analisar se a nacionalidade foi conferida em circunstâncias que justificam o reconhecimento de efeitos internacionais, a Corte Internacional de Justiça passou a analisar princípios e práticas de direito internacional, doutrina, decisões arbitrais e internas de outros Estados. A conclusão foi no sentido de que há um entendimento generalizado de que a nacionalidade deve corresponder à situação fática, ou seja, a um contexto em que o indivíduo possui laços fortes e concretos com o Estado que lhe deferiu a nacionalidade. Estes laços podem ser aferidos através de diversos fatores, tais como residência habitual, foco dos interesses, laços familiares, participação na vida pública do país, proximidade com o país e sentimento transmitido aos filhos.⁹⁴

Ainda que existam alguns requisitos para a produção de efeitos no plano internacional, o Direito Internacional ainda deixa totalmente a cargo dos Estados a formulação de critérios para a concessão da sua nacionalidade. Isso ocorreria devido à diversidade de condições demográficas dos Estados. No entanto, um Estado não pode exigir que outros Estados reconheçam a sua concessão de nacionalidade, a menos que essa concessão de vínculo legal tenha obedecido ao objetivo geral de refletir uma conexão genuína entre o indivíduo e o Estado.⁹⁵

A exigência desta conexão fática estaria, segundo a Corte, prevista na Convenção relativa aos Conflitos de Leis de Nacionalidade de 1930, uma vez que o seu artigo 5º, ao tratar do regulamento jurídico a ser dispensado às pessoas com dupla nacionalidade, dispõe que os Estados devem “reconhecer exclusivamente em seu território a nacionalidade do país onde ele [indivíduo com mais de uma nacionalidade] possui residência habitual ou permanente, ou a nacionalidade do país com o qual, diante das circunstâncias, ele se encontre mais fortemente vinculado”⁹⁶.

A Corte identifica que, de acordo com a prática dos Estados:

[...] a nacionalidade é um vínculo jurídico que se funda no fato social da ligação, conexão genuína de existência, interesses e sentimentos, ao lado da existência de

⁹³ *Idem.*

⁹⁴ *Ibidem*, p. 20-21.

⁹⁵ *Idem*, p. 23.

⁹⁶ Tradução livre. Original em inglês: “*Within a third State, a person having more than one nationality shall be treated as if he had only one. Without prejudice to the application of its law in matters of personal status and of any conventions in force, a third State shall, of the nationalities which any such person possesses, recognise exclusively in its territory either the nationality of the country in which he is habitually and principally resident, or the nationality of the country with which in the circumstances he appears to be in fact most closely connected*”.

direitos e deveres recíprocos. É possível afirmar que a nacionalidade é a expressão jurídica do fato de que o indivíduo que a recebe é, de fato, ligado de maneira mais próxima com a população do Estado que lhe conferiu a nacionalidade do que com qualquer outro Estado.⁹⁷

Logo, um Estado somente poderia exercer a sua proteção sobre um indivíduo no plano internacional se o vínculo de nacionalidade entre eles for a tradução jurídica de uma conexão fática que existia previamente ou passou a existir entre o indivíduo e o Estado.

A decisão conclui que as ligações de Nottebohm com Liechtenstein eram muito tênues e que, portanto, faltava o requisito da genuinidade do vínculo para que outros Estados estivessem obrigados a respeitá-lo, de modo que aquele primeiro Estado não possuía o direito de proteger Nottebohm e, portanto, de apresentar uma reclamação internacional em seu favor.⁹⁸

Para Rezek, o princípio da efetividade da nacionalidade é uma exigência do direito internacional no sentido de que exista um mínimo de base social no vínculo entre o indivíduo e o Estado. Para o autor, ainda que, conforme demonstra o caso Nottebohm, possam haver diferentes graus e espécies de relações de um indivíduo com um Estado, isso não quer dizer que em casos de dupla nacionalidade uma delas deva preponderar sobre a outra. Em razão da igualdade soberana, não é possível admitir uma regra de preponderância. Por outro lado, o que de fato pode ocorrer é que uma nacionalidade seja efetiva e a outra não, já que o vínculo não precisa ser perpétuo e pode mudar com o tempo.⁹⁹

c) Opinião Consultiva n. 04 sobre a *Proposta de Modificação da Constituição Política da Costa Rica* (1984)

Em 1984, a Corte Interamericana de Direitos Humanos publicou a Opinião Consultiva n. 04 sobre a *Proposta de Modificação da Constituição Política da Costa Rica*, em resposta a uma consulta formulada pela Assembleia Legislativa deste país sobre um projeto de emenda à constituição, cujo objeto dizia respeito à aquisição da nacionalidade do Estado.

⁹⁷ Tradução livre. Original em inglês: “[...] nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties. It may be said to constitute the juridical expression of the fact that the individual upon whom it is conferred, either directly by the law or as the result of an act of the authorities, is in fact more closely connected with the population of the State conferring nationality than with that of any other State”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Op. cit.*, 1955, p. 23.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 26.

⁹⁹ REZEK, *Op. cit.*, 1986, p. 364-366.

Em sua fundamentação, a Corte afirma que a nacionalidade deve ser considerada um estado natural do ser humano, por meio da qual ele alcança e exerce a sua capacidade política e civil. Este direito se desdobraria em dois aspectos fundamentais: na garantia de proteção ao indivíduo no plano das relações internacionais, vinculando-o a um Estado específico e por ele responsável; e na proteção contra a privação arbitrária da nacionalidade, o que implicaria, por conseguinte, privar-lhe também dos direitos civis e políticos.¹⁰⁰

Suas ponderações já denotam uma preocupação muito maior com o indivíduo em detrimento das prerrogativas do Estado, o que certamente se deve ao fato de se tratar de um tribunal de direitos humanos, concebido em um sistema que abarca diversos tratados sobre o tema, e onde o indivíduo possui acesso a um órgão quase jurisdicional, com competência para propor recomendações aos Estados e judicializar casos perante a Corte.

Para a Corte, os Estados têm competência para determinar e regular as formas de aquisição da nacionalidade. No entanto, esta competência não é completamente discricionária, pois o direito internacional impõe alguns limites oriundos da proteção internacional dos direitos humanos. O conceito de nacionalidade teria evoluído de um atributo integrante da soberania dos Estados para se tornar um direito da pessoa humana, estando consolidado na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 20); na Declaração Americana de Direitos do Homem (Artigo 19); e na Declaração Universal dos Direitos Humanos (Artigo 15).¹⁰¹

A Corte define a nacionalidade como sendo “um vínculo jurídico político que liga uma pessoa a um Estado determinado com o qual ela se obriga por meio de relações de fidelidade e lealdade e se torna beneficiária de proteção diplomática deste Estado”¹⁰².

A decisão, por fim, dispõe que a maioria dos Estados estabelece formas de aquisição voluntária da sua nacionalidade, mediante o cumprimento de alguns requisitos, o que permite que uma pessoa possa, por ato voluntário, se vincular a uma sociedade política, à sua cultura, estilo de vida e sistema de valores. Em se tratando de uma pessoa que já tinha uma nacionalidade e voluntariamente solicita a aquisição de outra, os Estados podem determinar, de acordo com a sua conveniência, as condições e procedimentos para essa aquisição, bem como valorar se as condições apresentadas pelo solicitante demonstram que ele está

¹⁰⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-04/84 sobre a Proposta de Modificação da Constituição Política da Costa Rica**. 19 jan. 1984. p. 10-11.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 12.

¹⁰² Tradução livre. Original em espanhol: “La nacionalidad puede ser considerada como el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática”. *Ibidem*, p. 11.

efetivamente vinculado ao sistema de valores e interesses da sociedade à qual pretende pertencer plenamente. Esta margem de discricionariedade deferida ao direito interno para estabelecer e mudar as condições de aquisição secundária da nacionalidade visa também evitar que a mudança de nacionalidade seja utilizada como um meio de solucionar problemas transitórios, quando a realidade demonstra que não houve estabelecimento de vínculos reais e duradouros que justifiquem a naturalização.¹⁰³

Nota-se, assim, que apesar da abordagem mais orientada à proteção do indivíduo, a Corte Interamericana replica também a posição da Corte Internacional de Justiça em relação ao princípio da efetividade do vínculo de nacionalidade. A fundamentação da decisão justifica a abertura de um espaço para a análise da extensão da vinculação do indivíduo com um Estado no momento do reconhecimento dos efeitos que a nacionalidade adquirida produz no plano internacional.

d) *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru* (2001)

Ivcher Bronstein era um nacional de Israel que se naturalizou peruano e era dono de um canal de televisão no Peru. Treze anos depois da sua naturalização, o Sr. Bronstein teve a sua nacionalidade peruana arbitrariamente cancelada para que perdesse o controle do canal de que era dono e para viabilizar uma limitação à sua liberdade de expressão, pois fazia denúncias sobre violações a direitos humanos no país.¹⁰⁴

O caso foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos e os fundamentos da decisão reiteraram os fundamentos basilares da Opinião Consultiva n. 04 no sentido de que o direito à nacionalidade encontra-se cristalizado no direito internacional e deve ser considerado um estado natural do ser humano, por meio da qual ele alcança e exerce a sua capacidade política e civil. A Corte também reforçou o entendimento de que os Estados têm a competência para determinar e regular as formas de aquisição da nacionalidade, ainda que esta competência não seja completamente discricionária, em razão dos limites impostos pelo regime de proteção internacional dos direitos humanos.¹⁰⁵

¹⁰³ *Idem.*

¹⁰⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ivcher Bronstein vs. Peru**. Sentença de 06 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_74_esp.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2014. p. 01-03.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 45-46.

Após analisar a base social do vínculo entre o Sr. Bronstein e o Estado peruano, a Corte decidiu condenar o Estado por violar o direito à nacionalidade do Sr. Bronstein e sua família, concluindo que eles estavam plenamente vinculados ao Estado peruano.

d) *Caso Meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana* (2005)

As meninas Yean e Bosico foram impedidas de registrar seu nascimento de maneira tardia, o que lhes deixou em situação de apatridia por muitos anos e impediu o exercício de diversos direitos fundamentais, dentre eles o da educação.¹⁰⁶

A Corte reiterou que a determinação sobre quem são seus nacionais segue sendo uma competência de direito interno dos Estados. No entanto, a Corte também reconheceu que a evolução do regime de proteção dos direitos humanos tem trazido algumas restrições àquela competência estatal, a fim de proteger o ser humano perante a arbitrariedade do Estado.

Segundo os juízes do caso, a discricionariedade estatal sofre duas limitações essenciais: o dever de garantir a todos os indivíduos uma proteção legal igualitária e efetiva, sem discriminação; e o dever de prevenir, evitar e reduzir a apatridia. Isso significa que, primeiro, ao regular os mecanismos de outorga da nacionalidade, os Estados devem se abster de produzir normas discriminatórias ou cujos efeitos afetem e prejudiquem parcelas da sociedade quanto ao exercício de seus direitos. A segunda limitação está relacionada à obrigação negativa dos Estados de não adotar práticas ou legislações sobre nacionalidade que promovam, como efeito concreto, a apatridia, a privação arbitrária da nacionalidade ou a concessão de uma nacionalidade que não é efetiva.¹⁰⁷

Em se tratando da aquisição de nacionalidade por parte das meninas Yean e Bosico, a Corte salientou que o status migratório de uma pessoa não pode ser condição para a aquisição de uma nacionalidade, tampouco causa para a sua privação. Em se tratando de pessoas que não teriam direito a outra nacionalidade, o nascimento em um determinado território é condição determinante para a aquisição da nacionalidade do Estado detentor do território.¹⁰⁸

A privação da nacionalidade no caso em concreto se deu em razão de uma política geral de discriminação contra a população descendente de haitianos, o que colocou as crianças

¹⁰⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana**. 08 de setembro de 2005. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf> . Acesso em: 27 jan. 2014. p. 02.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 60-61.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 64.

em uma situação de apatridia e continuada vulnerabilidade, comprometendo o desenvolvimento pessoal, o acesso a direitos e à proteção especial devida às crianças.¹⁰⁹

Interessa destacar que, na opinião da Corte, a apatridia retira da pessoa humana a sua personalidade jurídica, pois a sua existência depende do estabelecimento de um vínculo jurídico-político com um Estado. A falta de personalidade jurídica, por sua vez, viola a dignidade humana “já que nega de forma absoluta a condição de sujeito de direitos e faz com que o indivíduo fique vulnerável diante da não observância dos seus direitos pelo Estado ou por particulares”¹¹⁰.

Esta posição corrobora a tese defendida no início deste capítulo, reforçando o sentido da nacionalidade enquanto pré-requisito para o acesso efetivo a direitos, sem a qual o ser humano fica fadado a um limbo jurídico, sem que sua existência possa ser juridicamente reconhecida.

A Corte, por fim, condena a República Dominicana concluindo que a situação de apatridia na qual as meninas foram obrigadas a permanecer violava os seus direitos à nacionalidade; à igualdade perante a lei; ao nome; ao reconhecimento enquanto pessoa jurídica; e à integridade pessoal.

f) Caso *Janko Rottman vs. Freistaat Bayern* (2010)

O Tribunal de Justiça da União Europeia analisou, em 2010, o caso do Sr. Janko Rottman, sobre o qual pendia a ameaça de apatridia devido a uma naturalização fraudulenta. O Sr. Rottman era um cidadão austríaco que, após expedição de mandado de captura devido a práticas criminosas na Áustria, fixou residência na Alemanha e se naturalizou alemão sem mencionar os seus antecedentes criminais no processo. Concedida a naturalização, o Sr. Rottman adquiriu a nacionalidade alemã e, por consequência, perdeu a nacionalidade austríaca.

Uma vez descoberta a existência de processo criminal contra o Sr. Rottman, a Alemanha instaurou um procedimento para cancelar a sua naturalização, ao fundamento de que a mesma havia sido obtida mediante fraude. O Sr. Rottman se insurgiu contra a anulação

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 67.

¹¹⁰ Tradução Livre. Original em espanhol: “*ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares*”. *Ibidem*, p.69.

da decisão administrativa alegando que, fosse a decisão mantida, ele se tornaria apátrida e perderia a cidadania da União Europeia¹¹¹.

A Corte foi instada a se manifestar sobre se o direito comunitário poderia se opor à perda da nacionalidade do Sr. Rottman, em razão da consequência da apatridia; e se haveria alguma obrigação, para a Alemanha, de não invalidar a naturalização, ou mesmo para a Áustria, de restaurar a nacionalidade pré-existente.

A análise do Tribunal parte do pressuposto de que a definição das condições de perda e aquisição de uma nacionalidade é da competência de cada Estado, nos termos do direito internacional e de jurisprudência sobre o tema.¹¹² No entanto, o aresto é claro ao firmar a posição de que isso não significa que as normas nacionais não devam respeito ao direito comunitário da União Europeia em temas relativos à nacionalidade, pois na medida em que afetam direitos de cidadãos da União, elas são suscetíveis de “fiscalização jurisdicional”¹¹³.

Durante a análise sobre a legalidade do ato de anulação da naturalização, a Corte evoca princípios e normas de direito internacional e comunitário para concluir que não haveria, a princípio, arbitrariedade na privação da nacionalidade do Sr. Rottman. A anulação seria legítima porque destinada a preservar o interesse geral de manutenção da “relação de solidariedade e lealdade”¹¹⁴ entre o Estado e seus nacionais. Entretanto, a discricionariedade estatal não seria absoluta, restando adstrita a um exame de proporcionalidade dos efeitos da anulação para o interessado e sua família, à luz do direito internacional e comunitário¹¹⁵.

Por mais que o acórdão reconheça a existência de uma interseção do direito doméstico com o direito internacional e comunitário na seara da nacionalidade, o Tribunal opta por manter incólume o poder do Estado de legislar sobre aquele tema.

Em face do exposto, vemos que a nacionalidade, mais que a representação da ligação entre o sujeito e o Estado, é o elo entre o indivíduo e todos os direitos que lhe são mais fundamentais. Este elo, no entanto, é muito valioso para o Estado, pois preserva a sua própria existência e também porque limita as suas responsabilidades para com um grupo determinado de pessoas.

¹¹¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Janko Rottman contra Freistaat Bayern**. Processo C-135/08. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção). 02 março 2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62008CJ0135>>. Acesso em: 18 maio 2014. Parágrafos 22-28.

¹¹² *Ibidem*, parágrafo 39.

¹¹³ *Ibidem*, parágrafo 45;48.

¹¹⁴ *Ibidem*, parágrafos 51.

¹¹⁵ *Ibidem*, parágrafos 51-55.

Em razão disso, os Estados não estão dispostos a distribuir sua nacionalidade a qualquer pessoa, por mais necessitada que ela esteja em termos de proteção. No entanto, a partir do momento em que o número de pessoas absolutamente privadas de proteção por não possuírem nenhuma nacionalidade se tornou expressivo, e ameaçou as relações entre os Estados, os mesmos despertaram para a necessidade de criar um regime de proteção internacional para esses sujeitos.

A apatridia, portanto, ingressa na agenda das organizações internacionais e os “simplesmente humanos” adquirem direitos mínimos e elementares à sua subsistência. Nem todos estes humanos, no entanto, foram abrangidos pela proteção. Os que ficaram de fora, portanto, serão objeto do próximo capítulo.

2 HUMANOS DEMASIADO HUMANOS: APATRIDIA NO DIREITO INTERNACIONAL

2.1 Introdução

No século XX, os Estados deflagraram um processo de apropriação gradativa do tema da nacionalidade pelo direito internacional, motivado por tragédias humanas que deixaram milhares de pessoas completamente desprovidas de direitos após a perda do vínculo com um Estado.

Diante da tensão persistente entre o Estado e o indivíduo que chegava ao seu território sem qualquer nacionalidade - e, portanto, sem lugar para ser devolvido -, urgia a necessidade de regulamentar a situação destas pessoas que careciam de proteção.

Após a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, foram iniciados diversos estudos sobre refúgio e apatridia e convocadas conferências para a criação de um estatuto de proteção internacional às pessoas que não possuíam a proteção de nenhum Estado, nem mesmo do seu Estado de origem.

Conforme será demonstrado neste Capítulo, a construção de um regime de proteção aos apátridas, no entanto, foi marcada pelo descaso proposital dos Estados que, para evitar correr o risco de adentrar numa seara considerada bastante sensível à sua soberania absoluta, se limitaram a tratar superficialmente do tema.

A falta de vontade política, no entanto, foi tão danosa quanto a própria incompreensão dos Estados e da ONU em relação à complexidade do tema da apatridia. Todo o regime foi limitado à proteção exclusiva de pessoas que não possuíam um vínculo formal de nacionalidade – os chamados apátridas *de jure*. As pessoas que possuíam uma nacionalidade, mas que nada poderiam dela extrair porque foram privadas dos direitos essenciais àquele

instituto, foram relegadas a uma condição ainda pior do que aqueles que não possuíam uma nacionalidade. Este grupo, composto pelos apátridas *de facto*, vivencia atualmente uma situação de absoluta invisibilidade, pois todas as portas onde buscam proteção lhe são cerradas: seu Estado de nacionalidade lhe nega assistência e o direito internacional se limita a encaminhá-lo para buscar ajuda no seu Estado de origem. Este ciclo vicioso de omissões da ordem doméstica e internacional relegou os apátridas *de facto* a um limbo jurídico, ainda sem solução.

Neste sentido, o presente Capítulo apresentará as mazelas da apatridia e seu impacto no ser humano, seguindo com a exposição dos esforços da comunidade internacional em torno da construção do regime de proteção aos apátridas. Feito isso, avançar-se-á para a análise da principal lacuna do sistema: a ausência de um mecanismo de proteção aos apátridas *de facto*. Por fim, algumas formas contemporâneas de apatridia *de facto* serão apresentadas, dentre as quais se encontra aquela que consiste em objeto principal desta pesquisa.

2.2 O distanciamento entre o direito internacional dos direitos humanos e o apátrida

Conforme demonstrado no Capítulo 1, vige no direito internacional o princípio segundo o qual a nacionalidade do indivíduo é determinada de acordo com a legislação doméstica dos Estados – que deve sempre respeitar as normas, costumes e princípios do direito das gentes.

Justamente por caber ao Estado definir como e quando ocorre a sua vinculação aos indivíduos, e em razão da ausência de uma coordenação global entre as leis de nacionalidades do diversos Estados, surgem situações em que alguns seres humanos nascem ou acabam se encontrando em uma situação em que não preenchem os requisitos necessários para se vincular a qualquer Estado.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) identifica que atualmente existem ao menos 20 situações que colocam os seres humanos em uma condição de apatridia.¹¹⁶ Dentre elas, destacam-se razões clássicas como conflitos de leis que adotam critérios distintos (*jus sanguinis* e *jus soli*); alterações territoriais que impliquem a criação,

¹¹⁶ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Global Appeal 2014-2015 – Addressing Statelessness**. p. 56. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/528a0a1316.html>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

dissolução, sucessão ou restauração de Estados; mudanças no estado civil (casamento, divórcio, adoção); privação arbitrária da nacionalidade; processos de perda ou renúncia da nacionalidade; práticas discriminatórias na concessão e/ou cancelamento da nacionalidade; e procedimentos administrativos que dificultam a obtenção da nacionalidade.¹¹⁷ Fenômenos contemporâneos, como o tráfico de pessoas, migrações internacionais irregulares e a falta de registro de nascimentos, também têm desencadeado novas situações de apatridia¹¹⁸ – especialmente de apatridia *de facto*, conforme será demonstrado ao final deste capítulo.

Numa sociedade de Estados-nação, possuir uma nacionalidade é algo tão óbvio que nem todas as pessoas conseguem ter dimensão das consequências nefastas da falta deste vínculo. O apátrida apenas existe no plano fático, sendo invisível no plano jurídico, dos direitos, e no plano político, da participação comunitária.

O apátrida é um ser humano sem registro da sua existência, do seu nome, da sua família, sem uma identidade perante os demais membros da comunidade e do Estado. Sem essa identidade, não tem acesso a qualquer documentação e, por conseguinte, é impedido de acessar serviços de saúde, educação e o mercado de trabalho.

Por não existir oficialmente, o apátrida não consegue registrar propriedades e não tem direito de participação nos rumos da comunidade onde vive. A sua inexistência formal o impede de ser incluído oficialmente na divisão dos bens que a comunidade de um Estado tem a distribuir para os seus membros. Mais grave ainda, o apátrida não tem o direito de se locomover livremente, seja porque não tem documentos para viajar, seja porque corre o risco de ser impedido de retornar, caso deixe seu local de origem.

A apatridia também propicia a criação de um contexto em que o indivíduo pode ser vítima de detenções arbitrárias e por longos períodos, uma vez que, não sendo possível identificá-lo, não há como determinar o país de origem para o qual deve ser devolvido. Além disso, a apatridia está intrinsecamente relacionada com o deslocamento forçado e com o surgimento de conflitos internos nos países, já que a existência de um grupo de pessoas marginalizadas e sem os mesmos direitos em relação às demais que coabitam o mesmo território pode gerar revoltas e manifestações populares.¹¹⁹

Finalmente, a condição do apátrida é resumida com precisão por Hannah Arendt:

¹¹⁷ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Information and Accession Package: The 1954 Convention Relating to the Status of Stateless Persons and the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness**. Janeiro 1999. p.13. Disponível em:

<<http://www.refworld.org/docid/3ae6b3350.html>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

¹¹⁸ VAN WAAS, Laura. **Nationality Matters: statelessness under international law**. Antwerp: Intersentia, 2008. p. 151-187.

¹¹⁹ VAN WAAS, *Op. cit.*, 2008, p.13-14.

O prolongamento de suas vidas é devido à caridade e não ao direito, pois não existe lei que possa forçar as nações a alimentá-los; a sua liberdade de movimentos, se a têm, não lhes dá nenhum direito de residência, do qual até o criminoso encarcerado desfruta naturalmente; e a sua liberdade de opinião é uma liberdade fútil, pois nada do que pensam tem qualquer importância.¹²⁰

Com efeito, o direito internacional dos direitos humanos tem evoluído no sentido de cada vez mais se apropriar de temas antes afetos à esfera exclusiva do Estado. Para Cançado Trindade, o direito internacional dos direitos humanos subtraiu o tema da nacionalidade da esfera estatal exclusiva e promoveu a desnacionalização da proteção aos seres humanos.¹²¹ Enquanto alguns afirmam que a nacionalidade é o direito a ter direitos, o regime de direitos humanos provoca uma mudança de jargão para afirmar que ser humano é o direito a ter direitos humanos.¹²²

De fato, é verdade que diversos tratados cristalizaram normas sobre o direito à nacionalidade. A Declaração Universal dos Direitos Humanos inaugura um marco neste sentido ao dispor em seu artigo 15 que “toda pessoa tem direito a uma nacionalidade” e que “ninguém será arbitrariamente privado da sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade”.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos consagra em seu artigo 24 que “toda criança terá o direito de adquirir uma nacionalidade”, disposição ecoada no artigo 7º da Convenção de Direitos da Criança¹²³ e no artigo 29 da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias¹²⁴.

As Convenções para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e Contra a Mulher reiteram em seus artigos 5º(d) (iii)¹²⁵ e 9º¹²⁶, respectivamente, o direito à nacionalidade e a impossibilidade de restrições com base no gênero ou na raça.

¹²⁰ ARENDT, *Op. cit.*, 1989, p. 330.

¹²¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Voto do Juiz Cançado Trindade. In.: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana**. 08 de setembro de 2005. p. 01-02. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf> . Acesso em: 27 jan. 2014.

¹²² WEISSBRODT, David; COLLINS, Clay. **The Human Rights of Stateless Persons**. *Human Rights Quarterly*, Volume 28, Number 1, February 2006. p. 248.

¹²³ “Artigo 7º. 1. A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles. 2. Os Estados Partes zelarão pela aplicação desses direitos de acordo com sua legislação nacional e com as obrigações que tenham assumido em virtude dos instrumentos internacionais pertinentes, sobretudo se, de outro modo, a criança se tornaria apátrida.”

¹²⁴ “Artigo 29. O filho de um trabalhador migrante tem o direito a um nome, ao registro do nascimento e a uma nacionalidade.”

¹²⁵ “Artigo 5º. De conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, os Estados Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada

No âmbito regional, a Declaração e Convenção Americana de Direitos Humanos seguem a mesma lógica em seus artigos 19¹²⁷; e 20 e 27¹²⁸, respectivamente, considerando que toda pessoa tem direito a uma nacionalidade e que este direito é inderrogável, mesmo em caso de guerra ou emergência.

As Convenções sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 e sobre a Redução dos Casos de Apatridia de 1961, no entanto, partem do pressuposto de que a apatridia é uma realidade, ainda que indesejável, e que apenas se perpetua no mundo. É no mínimo curioso o fato de que os instrumentos concebidos especificamente para lidar com o problema da apatridia não se permitiram a ambição de tentar extinguir este problema, mas apenas de regulamentar o status de quem dele padece, além de tentar coordenar as ações dos países no campo da nacionalidade para evitar a proliferação desenfreada da apatridia.

Quando se trata de estipular um “direito a uma solução” para a apatridia, o direito internacional dos direitos humanos é silente, não havendo qualquer disposição sobre as condições pelas quais essa população poderia se naturalizar nacional de algum Estado.¹²⁹

A persistência da apatridia provoca a reflexão sobre até que ponto os direitos humanos foram, efetivamente, desnacionalizados, sobretudo considerando que o próprio direito internacional dos direitos humanos continua admitindo que não nacionais sejam tratados de maneira distinta dos nacionais¹³⁰.

um à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos: [...] iii) direito a uma nacionalidade;”

¹²⁶ “Artigo 9º. 1. Os Estados-partes outorgarão às mulheres direitos iguais aos dos homens para adquirir, mudar ou conservar sua nacionalidade. Garantirão, em particular, que nem o casamento com um estrangeiro, nem a mudança de nacionalidade do marido durante o casamento modifiquem automaticamente a nacionalidade da esposa, a convertam em apátrida ou a obriguem a adotar a nacionalidade do cônjuge.”

¹²⁷ “Artigo 19. Toda pessoa tem direito à nacionalidade que legalmente lhe corresponda, podendo mudá-la, se assim o desejar, pela de qualquer outro país que estiver disposta a concedê-la.”

¹²⁸ “Artigo 20. Direito à nacionalidade. 1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade. 2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra. 3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudá-la.”

“Artigo 27. Suspensão de garantias. 1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social. 2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados seguintes artigos: 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica); 4 (Direito à vida); 5 (Direito à integridade pessoal); 6 (Proibição da escravidão e servidão); 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade); 12 (Liberdade de consciência e de religião); 17 (Proteção da família); 18 (Direito ao nome); 19 (Direitos da criança); 20 (Direito à nacionalidade) e 23 (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.”

¹²⁹ VAN WAAS, *Op. cit.*, 2008, p.397.

¹³⁰ Não se reconhece, por exemplo, um direito de migrar e residir em qualquer país. O direito de entrar e permanecer no território de um Estado ainda é reservado aos nacionais. Direitos políticos e de participação também ainda são uma regalia dos nacionais. Ver VAN WAAS, *Op. cit.*, 2008, p. 396-397.

Ainda não é possível afirmar que a nacionalidade é completamente irrelevante no estágio em que se encontra o regime de proteção dos direitos humanos, especialmente porque ainda há uma preocupação de diversos tratados em reafirmar o direito à nacionalidade. Afinal, se a proteção fosse efetivamente desnacionalizada e os direitos humanos fossem de todos os seres humanos, por que insistir em convencer os países de que todos os seres humanos devem ter uma nacionalidade?

Se este fosse o caso – se o direito dos direitos humanos realmente garantisse e assegurasse o gozo de todos os direitos para todas as pessoas – a proteção dos direitos dos apátridas não precisaria de qualquer normativa especial. Não haveria que se falar em lacuna na proteção internacional, já que cada privação de direitos configuraria uma violação às obrigações de direitos humanos, independentemente de ter sido cometida contra um nacional ou não-nacional. No entanto, essa conclusão é prematura. Ainda que o objetivo do regime de direitos humanos seja de se esquivar da questão da nacionalidade ao definir que os direitos básicos são estendidos a todos os indivíduos pelo direito internacional, o regime não teve a intenção de eliminar completamente a necessidade de se ter uma nacionalidade.¹³¹

A ambição de universalidade do regime de direitos humanos, portanto, se depara com a postura estatal de que, para usufruir integralmente da sua proteção e assistência, é preciso ser seu nacional, manter um vínculo de fidelidade com o Estado. Talvez por reconhecer a importância da nacionalidade para o gozo dos direitos é que o regime de direitos humanos se preocupa em afirmá-la tantas vezes.

Sendo a nacionalidade um pré-requisito para o acesso a diversos direitos, foi preciso regulamentar o status das pessoas que por não terem uma nacionalidade teriam muitas dificuldades em acessar aqueles direitos. O trabalho coletivo dos Estados resultou em duas convenções que constituem o marco da proteção internacional aos apátridas até os dias atuais. Conforme será demonstrado a seguir, no entanto, a celebração destes instrumentos foi permeada por uma relutância estatal em avançar substancialmente na construção dos mecanismos necessários para eliminar definitivamente esta mazela.

¹³¹ Tradução livre. Original em inglês: “*If this were the case across the board – if human rights law did indeed guarantee and ensure the enjoyment of the full spectrum of rights for all people – the protection of the rights of the stateless would need no special provision. There would be no such thing as a gap in international protection in this regard, since each denial of rights would amount to an infringement of human rights obligations, whether committed against a national or a non-national. However, this conclusion is premature. Although the aim of the human rights regime was to circumvent the question of nationality to the extent that basic rights were granted to all individuals via international law, it did not intend to eliminate the need for a nationality entirely*”. VAN WAAS, *Op. cit.* 2008, p. 222.

2.3 A construção do regime de proteção internacional aos apátridas

A construção do regime de proteção internacional dos apátridas esteve, desde o princípio, atrelada à proteção dos refugiados. Por um determinado período, ambos os grupos receberam idêntica proteção internacional, para o que bastava comprovar o preenchimento dos requisitos de, primeiro, estar fora do país de origem e, segundo, não gozar da proteção daquele país. Refugiados e apátridas eram vistos apenas como pessoas que não gozavam da proteção de qualquer Estado, elemento por si só bastante para merecerem proteção internacional.

Aos poucos, no entanto, a separação entre os grupos foi se tornando mais definida, e os critérios para a qualificação como apátrida ou refugiado foram sendo gradativamente consolidados.

2.3.1 Preocupações iniciais com as pessoas deslocadas: as raízes comuns do sistema

Nos primeiros anos que sobrevieram à criação da Liga das Nações, em 1920, dois grupos incomodavam especialmente as nações europeias, dado o volume de pessoas deslocadas que buscaram refúgio em outros territórios.

O primeiro deles, de refugiados russos, formava uma população estimada em dois milhões de pessoas, deslocadas por uma pluralidade de motivos, dentre os quais destacam-se o oposicionismo político pós-Revolução Bolchevique; o temor de retaliações contra militares e apoiadores do Império czarista; o impacto econômico da revolução sobre as classes médias e pobres; as medidas discriminatórias contra os judeus; e a fome generalizada.¹³² O segundo grupo era composto por aproximadamente 400.000 refugiados armênios, obrigados a se deslocar de seus países de origem após o genocídio promovido pela Turquia e devido às medidas legislativas que os privaram da cidadania turca.¹³³

A expectativa da época, tal como ocorrera em outros momentos da história¹³⁴, era de que estas pessoas deslocadas acabariam sendo repatriadas aos seus países de origem. A

¹³² ANDRADE, José Fischel de. **O Direito Internacional dos Refugiados: evolução histórica (1921-1952)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 33-34.

¹³³ *Ibidem*, p. 48-50.

¹³⁴ Ver ANDRADE, *Op. cit.*, 1996, p. 20-22.

conjuntura do pós-Primeira Guerra, no entanto, mostrava cada vez mais que o problema dos refugiados estava longe de desaparecer.

Dentre os motivos para tanto estava, primeiro, a proporção numérica dos novos deslocamentos, que naquele momento passaram a afetar milhões de pessoas, ao invés das centenas anteriores. Além disso, antes da conformação definitiva dos Estados-nação, os refugiados que porventura não fossem repatriados tinham maiores alternativas de acolhida em territórios com fronteiras mais fluidas – o que já não ocorria em um contexto de Estados independentes, com fronteiras bastante definidas.¹³⁵

A vitória do princípio da soberania e das nacionalidades levou à precoce afirmação de que a paz seria atingida se cada nação tivesse o direito de constituir seu próprio Estado independente. Os Tratados das Minorias, por sua vez, supostamente eliminariam o risco de que nações menores que se encontrassem no território de outra nação viessem a sofrer perseguição, provocando novas fugas de refugiados.¹³⁶

Os Tratados das Minorias, entretanto, revelaram-se como um instrumento de exclusão daqueles que não eram nacionais, em um processo que atrelou o acesso a direitos à posse da nacionalidade. Além disso, era impossível criar um Estado sem que outras nações acabassem sendo incorporadas ao território, assim como não estavam claro quais requisitos deveriam ser atendidos para que uma nação se constituísse em um Estado. Por fim, o deslocamento massivo dos russos, armênios e, principalmente, judeus demonstrou que os Estados ainda poderiam falhar em proteger os indivíduos que residem em seu território, especialmente as minorias nacionais, que continuaram fugindo para se refugiar em outros locais.¹³⁷

Um fator determinante para a permanência do problema destes refugiados, contudo, foi sem dúvidas a política de desnacionalizações em massa adotada por Estados que preferiam subtrair seus próprios cidadãos a manter sob tutela aqueles que não compartilhavam das opiniões vigentes.¹³⁸

Especificamente no caso dos deslocados russos e armênios, os decretos de desnacionalização abrangiam a totalidade destes refugiados que se encontravam fora do território dos seus Estados de origem¹³⁹.

¹³⁵ JUBILUT, Liliansa Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Método, 2007, p. 24-25.

¹³⁶ HADDAD, Emma. **The Refugee in international Society: between sovereigns**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 102-103.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 104.

¹³⁸ ARENDT, *Op Cit.*, 1989, p. 311.

¹³⁹ ANDRADE, *Op. cit.*, 1996, p. 36-37;48-49.

A Liga das Nações acabou envolvida em uma discussão multilateral em busca de soluções para o problema daqueles grupos, o que culminou na criação do Alto Comissariado para os Refugiados Russos, em 1921, que acabou abarcando também a proteção dos refugiados armênios, em 1923. O Alto Comissário, Fridtjof Nansen, assumiu, então, as responsabilidades de “(1) definir a situação jurídica dos refugiados, (2) organizar sua repatriação ou reassentamento para os vários países que anúissem recebê-los, assim como (3) providenciar trabalho para eles e realizar atividades de socorro e assistência”¹⁴⁰. Nascia, assim, a primeira instituição internacional formalmente incumbida de prestar assistência e encontrar soluções para os problemas dos refugiados.

O Ajuste Relativo à Expedição de Certificados de Identidade para os Refugiados Russos e Armênios, adotado em 1926, foi elaborado com o intuito de especificar quem eram os beneficiários do Passaporte Nansen, primeiro documento de identidade emitido em favor dos refugiados. O Ajuste de 1926, assim, proporcionou o primeiro conceito de refugiado, e o fez nos seguintes termos:

Consoante o Ajuste de 1926, são refugiados

Russos: toda pessoa de origem russa que não goze, ou que não mais goze, da proteção do governo da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e que não tenha adquirido outra nacionalidade.

Armênios: toda pessoa de origem armênia, preteritamente cidadão do Império Otomano, que não goze, ou que não mais goze, da proteção do governo da República Turca e que não tenha adquirido outra nacionalidade.¹⁴¹

Os refugiados turcos, assírios, assírio-caldeus e assimilados (de origem síria e curda) foram conceituados seguindo-se a mesma fórmula supramencionada,¹⁴² a qual foi igualmente aplicada aos refugiados do Saar¹⁴³ e aos judeus e outras pessoas provenientes da Alemanha¹⁴⁴.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 40-42.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 52.

¹⁴² “Refugiado assírio, assírio-caldeu ou assimilado: toda pessoa de origem assíria ou assíria-caldáica, e também por assimilação, toda pessoa de origem síria ou curda, que não goze, ou não mais goze, da proteção do Estado ao qual ela preteritamente pertenceu e que não tenha adquirido ou não tenha outra nacionalidade. Refugiado turco: toda pessoa de origem turca, preteritamente cidadã do Império Otomano, que, consoante o Protocolo de Lausane, de 24 de julho de 1923, não goze, ou não mais goze, da proteção da República Turca e não tenha adquirido outra nacionalidade”. ANDRADE, *Op. Cit.*, 1996, p. 60-61.

¹⁴³ “Como refugiados do Saar, devia-se compreender: ‘todas as pessoas que, tendo previamente tido o estatuto de habitantes do Saar, partiram do país na ocasião do plebiscito e não possuam passaportes nacionais’”. *Ibidem*, p. 82.

¹⁴⁴ “Para o propósito do presente Ajuste, o termo ‘refugiado proveniente da Alemanha’ deve ser aplicado a qualquer pessoa que habitava aquele país, que não possui nenhuma outra nacionalidade além da nacionalidade alemã, e a cujo respeito foi estabelecido que de direito ou de fato não há o gozo da proteção do governo do Reich”. *Ibidem*, p. 100.

Ainda que a definição contemporânea de refugiado somente viesse a surgir alguns anos mais tarde, é possível notar que, desde a sua gestação, o conceito de refugiado esteve intrinsecamente relacionado com a questão da falta de proteção estatal e da não aquisição de uma nacionalidade. Originalmente, os indivíduos abrangidos pelo conceito de refugiado eram apátridas, cujos decretos de desnacionalização em seu país de origem impediam qualquer tentativa de repatriação, e também porque a ausência de documentação era equiparada à falta de proteção.

Não havia, portanto, nenhuma diferença entre apátridas e refugiados, sendo ambos definidos como pessoas que se encontram fora do seu país de residência e desprovidas de proteção, não sendo necessária a comprovação de nenhum outro elemento. Esta definição não era, contudo, universal, mas aplicável apenas a determinados grupos de pessoas.¹⁴⁵

As causas da fuga, por outro lado, somente passaram a ser mencionadas no conceito de refugiado a partir de 1938, com a instituição do Comitê Intergovernamental para os Refugiados¹⁴⁶. A definição de refugiado atualmente vigente apenas veio a ser cristalizada na Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados, onde o fundado temor de perseguição e as razões da fuga se tornaram os fatores determinantes para o reconhecimento de um indivíduo como refugiado. Neste contexto, a situação de apatridia passou a ser considerada como nada mais que um possível sintoma da perseguição.

Com efeito, antes da Primeira Guerra Mundial, o tema da apatridia ainda não havia adquirido relevância internacional porque prevalecia o princípio do domicílio, segundo o qual o indivíduo estava presumivelmente ligado ao território no qual residia. Após a Primeira Guerra Mundial, no entanto, os tratados sobre transferência de territórios não deixavam o princípio do domicílio tão evidente, o que levou diversos grupos a serem excluídos dos novos vínculos de nacionalidade, abrindo espaço para a ascensão de critérios como etnia, raça e língua e sua prevalência sobre o critério da residência.¹⁴⁷

Conforme demonstrado no Capítulo 1 deste trabalho, uma primeira mobilização em torno do tema da nacionalidade e apatridia foi concretizada na Conferência de Haia em 1930, onde foi concluída a Convenção sobre Certas Questões relativas aos Conflitos de Leis de Nacionalidade. O tratado lidou com algumas questões relativas à apatridia e foi suplementado pelo Protocolo relativo a Certos Casos de Apatridia.

¹⁴⁵ BATCHELOR, Carol. **Stateless Persons: Some Gaps in International Protection**. International Journal of Refugee Law, Vol. 7, Issue 2, Oxford University Press, 1995. p. 240.

¹⁴⁶ ANDRADE, *Op.cit.*, 1996, p. 126.

¹⁴⁷ BATCHELOR, *Op. cit.*, 1995, p. 239.

No entanto, o protocolo nunca entrou em vigor em razão do diminuto número de ratificações¹⁴⁸, confirmando a tendência então vigente de descaso para com o tema da apatridia. Foi apenas após a Segunda Guerra Mundial que a comunidade internacional se mobilizou para criar um regime de proteção aos apátridas o qual, mais uma vez, iniciou o seu processo de construção vinculado ao regime de proteção dos refugiados.

2.3.2 A separação entre refugiados e apátridas nas Convenções de 1951, 1954 e 1961

Em 1947, a Comissão de Direitos Humanos da ONU reconheceu a falta de instrumentos normativos capazes de lidar com o problema dos refugiados no contexto pós Segunda Guerra Mundial, bem como a necessidade de adaptar as normas já existentes à nova realidade que se apresentava. A Comissão, então, provocou o Conselho Econômico e Social (ECOSOC) que, por sua vez, solicitou ao Secretário-Geral da ONU um estudo sobre o tema da apatridia, nos termos da sua Resolução 116 (VI) D.¹⁴⁹

A perspectiva de término do mandato da Organização Internacional de Refugiados em junho de 1950, tornava a questão da continuidade e estabilidade do sistema de proteção dos refugiados um tema de extrema urgência. O ECOSOC, portanto, publicou a Resolução 248 (IX), em 1949, por meio da qual recomendava a criação de um Alto Comissariado das Nações Unidas para lidar com o tema dos refugiados de maneira mais ampla, e designava um Comitê *Ad Hoc* para tratar dos seguintes temas: considerar a necessidade de adoção de uma convenção sobre o status internacional dos refugiados e apátridas; sendo este o caso, preparar a minuta da convenção; e avaliar os meios para eliminar o problema da apatridia.¹⁵⁰

Ainda que a Declaração Universal dos Direitos Humanos houvesse acabado de ser gestada, abrindo caminho para a proteção incondicionada de toda a humanidade, a comunidade internacional estava ciente de que o seu sistema estava fundado no Estado-nação e, aparentemente, duvidava que a universalidade dos direitos humanos fosse capaz de solucionar a tragédia dos indivíduos que foram destituídos de suas nacionalidades.¹⁵¹

¹⁴⁸ HUDSON, *Op. cit.*, 1952, p.06.

¹⁴⁹ ROBINSON, Nehemiah. **Convention relating to the status of stateless persons: its history and interpretation.** Institute of Jewish Affairs, New York, 1955. p. 01. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4785f03d2.html>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

¹⁵⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê Econômico e Social - **Official Records:** forth year, ninth session. 5 julho – 15 agosto 1949. Genebra. p. 58-61. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NR0/759/36/IMG/NR075936.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

¹⁵¹ VAN WAAS, *Op. cit.*, 2008, p.225.

O Comitê *Ad Hoc* se reuniu pela primeira vez em janeiro de 1950. Durante as discussões, o tema do refúgio ganhou muito mais atenção e acurada análise, o que acabou relegando a apatridia a um segundo plano. Considerou-se que a urgência do problema dos refugiados, independentemente de possuírem ou não uma nacionalidade, exigia que fosse dada prioridade ao tema, em detrimento da situação dos apátridas.¹⁵²

O Comitê concluiu os trabalhos com uma primeira proposta de Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados e um Protocolo sobre o Estatuto dos Apátridas. A sugestão do Comitê em relação ao Protocolo foi no sentido que este instrumento se basearia, *mutatis mutandis*, nas disposições da Convenção sobre Refúgio – o que apenas confirma a falta de dedicação ao tema da apatridia.¹⁵³

O texto das propostas foi discutido no âmbito da ONU entre os demais Estados e, após seus respectivos comentários e sugestões, o Comitê *Ad Hoc* concluiu uma segunda versão revisada do texto. Feito isso, a Assembleia Geral da ONU convocou uma Conferência de Plenipotenciários¹⁵⁴ para que chegassem a uma proposta final de tratado sobre refúgio e apatridia.

A Conferência de Plenipotenciários finalizou o texto e aprovou unanimemente, em julho de 1951, a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, o primeiro acordo internacional concluído para oferecer proteção às pessoas que haviam rompido seus vínculos com um Estado.

Esta convenção trazia critérios bastante definidos e concretos sobre a determinação da condição de refugiado, dentre os quais possuir uma nacionalidade ou ser apátrida não eram fatores cruciais.¹⁵⁵ Desse modo, apesar de alguns apátridas poderem se beneficiar das disposições da Convenção de 1951, aqueles que não satisfizessem os critérios do fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a grupo social específico ou opinião política acabariam por continuar sem uma forma de proteção adequada.

¹⁵² BATCHELOR, *Op. cit.*, 1995, p. 243.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 244.

¹⁵⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **General Assembly Resolution 429 (V): Draft Convention Relating to the Status of Refugees**. 325th Plenary Meeting. 14 dez. 1950. p. 48. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/060/27/IMG/NR006027.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

¹⁵⁵ VAN WAAS, *Op. cit.*, 2008, p. 16.

Os participantes da Conferência avaliaram que o tema da apatridia era uma questão complexa cujos pormenores mereciam estudos mais avançados, decidindo, então, devolver a minuta de Protocolo aos órgãos pertinentes da ONU para maior reflexão.¹⁵⁶

A Assembleia Geral, por conseguinte, determinou através da Resolução 629 (VII) que a minuta de Protocolo sobre o Estatuto dos Apátridas fosse encaminhada aos Estados para comentários, especialmente em relação a quais seriam os artigos da Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados que os governos estariam dispostos a estender a aplicação aos apátridas. Adicionalmente, requisitou ao ECOSOC a compilação das contribuições e redação de um texto final para submissão à aprovação dos Estados.¹⁵⁷

Uma Segunda Conferência de Plenipotenciários foi, então, convocada pelo ECOSOC, com o mandato de revisar a proposta inicial de Protocolo à luz dos comentários dos Estados e da Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados, a fim de chegar a um texto final a ser assinado pelos Estados.

As atividades dos participantes foram norteadas pela cautela, tanto para se manterem nos limites do termo de referência da Resolução 248B(IX) do ECOSOC, que convocou o Comitê *Ad Hoc*, quanto para evitar que inovações no texto exigissem que os participantes suspendessem a conferência para consultar os seus governos e, com isso, iniciassem debates intermináveis que acabariam impedindo a aprovação de um tratado sobre apatridia. Além da pressão pelo tempo limitado disponibilizado para discussões, os participantes temiam exceder os poderes que lhes foram atribuídos pelos seus governos, voltados, inicialmente, para a negociação de um protocolo à Convenção de 1951.¹⁵⁸

Uma primeira conclusão extraída no início dos trabalhos foi a de que a adoção de um Protocolo talvez não fosse a forma mais apropriada de tratar do assunto. O fato de que, durante a primeira Conferência de Plenipotenciários, os Estados optaram por adotar apenas a Convenção sobre Refúgio e postergar o debate sobre um protocolo sobre apatridia era um indicativo de que, provavelmente, as partes de cada instrumento normativo poderiam ser distintas. Não faria sentido, portanto, vincular ambos os textos, já que os Estados que desejassem se comprometer com a proteção dos apátridas poderiam discordar das normas da

¹⁵⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Final Act of the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons**. Genebra, 25 jul. 1951. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/40a8a7394.html>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

¹⁵⁷ *Idem*. **General Assembly Resolution 629 (VII): Draft Protocol Relating to the Status of Stateless Persons**. 391st Plenary Meeting. 6 nov. 1952. p. 21-22. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/079/72/IMG/NR007972.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

¹⁵⁸ BATCHELOR, Op. Cit., 1995, p.245.

Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, acabando por não aderir a nenhum dos tratados.¹⁵⁹

Outro aspecto que emergiu das discussões iniciais foi o fato de que, ao contrário do que pensavam os genitores da convenção sobre refúgio e protocolo sobre apatridia, os Estados não estavam dispostos a estender os mesmos direitos a ambos os grupos, o que inviabilizava a aplicação da lógica do *mutatis mutandis* sugerida pelo protocolo.¹⁶⁰ Resolveu-se, ao final, que o tema da apatridia seria objeto de uma convenção independente, a fim de assegurar o maior número possível de assinaturas.

Ocorre que a autonomia desta nova convenção foi minada por uma lógica de trabalhos que sempre retornava ao texto da Convenção de 1951 para formular as provisões cabíveis aos apátridas. Ou seja, apesar do reconhecimento de que se tratavam de duas populações com necessidades e perfis distintos, os Estados não se libertaram da lógica do refúgio ao deliberar sobre a proteção dos apátridas.

Os direitos dos apátridas, portanto, foram formulados a partir da Convenção de 1951, prevalecendo a orientação de que “por questões práticas (tempo) [os participantes] não deveriam se empenhar em mudar o texto da Convenção de Refúgio, exceto quando isso fosse justificado pela diferença entre os dois grupos (refugiados e apátridas)”¹⁶¹.

Assim, foi celebrada a Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas, que adota a mesma estrutura da Convenção de 1951, iniciando-se com a definição das pessoas que podem ser reconhecidas como apátridas e, em seguida, passando ao rol de garantias, direitos e deveres dos quais são titulares.

Laura van Waas pondera que o processo de adaptação das normas de uma convenção para a outra resultou em um regime lacunoso, que não atende integralmente às necessidades específicas da população apátrida. Muitas garantias foram modificadas neste processo, e sempre no sentido de deteriorar a proteção:

A construção do texto em paralelo à Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos refugiados deixou uma impressão indelével na abordagem ao problema da apatridia. Concluimos que o debate sobre a adequação de determinados parágrafos ou detalhes para o contexto específico dos apátridas – um problema muito distinto do refúgio – foi, infelizmente, mínimo. [...] também concluimos que houve um número significativo de modificações nas garantias oferecidas: algumas sutis, como a

¹⁵⁹ ROBINSON, *Op. cit.*, 1955, p.02-03.

¹⁶⁰ *Idem.*

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 15-16.

mudança no parâmetro de proteção, e algumas dramáticas, como a exclusão do dispositivo de não-penalização pela entrada irregular.¹⁶²

A autora pontua que a Convenção de 1954 também é passível de críticas em razão de não haver previsto diretrizes sobre os procedimentos que levariam ao reconhecimento da condição de apátrida, e porque tampouco determinou os meios de prova desta condição, o que acaba por impedir até hoje uma abordagem harmonizada do tema entre os Estados.¹⁶³

Seja como for, o tratado entrou em vigor em 06 de junho de 1960 e, até então, foi ratificado por 80 países.¹⁶⁴ Comparando-se com a Convenção de 1951, ratificada por 145 países¹⁶⁵, e sobretudo levando-se em consideração que a construção da Convenção de 1954 foi concomitante à Convenção de 1951, resta evidente o descaso dos Estados com o tema.

Uma das razões apontadas por Laura van Waas para esta negligência com o problema da apatridia seria o fato de que:

Naquela época, a nacionalidade ainda era amplamente concebida como um tema estritamente de soberania. A apatridia era vista como uma questão de preocupação apenas interna – ao invés de internacional –, além de ser percebida como um tema político delicado, o que bloqueava as discussões em ambas as esferas.¹⁶⁶

Fica evidenciada, assim, a já referida tensão entre a soberania estatal, o domínio reservado dos Estados e questões envolvendo a nacionalidade. Afinal, a única solução para o problema da apatridia é a aquisição de uma nacionalidade – o que, segundo a Convenção de 1954, deve ser facilitado pelos Estados¹⁶⁷ –, mas não a mera aquisição formal, devendo o

¹⁶² Tradução livre. Original em inglês: “*The development of the text in parallel to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees has left an indelible impression on the approach taken to the problem of statelessness. We found that debate on the appropriateness of particular paragraphs or details within the specific context of statelessness - as a problem very much distinct from refugeehood - was regrettably minimal. [...] we also discovered a number of significant modifications to the guarantees offered: some subtle, such as a change in standard of protection and some dramatic such, as the deletion of the provision on nonpunishment for unlawful entry*”. VAN WAAS, *Op. cit.*, 2008, p. 390.

¹⁶³ VAN WAAS, *Op. cit.*, 2008, p. 228-229.

¹⁶⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations Treaty Collection: Chapter V, Refugees and Stateless Persons. Convention Relating to the Status of Stateless Persons.** Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=V~3&chapter=5&Temp=mtdsg2&lang=en>. Acesso em: 06 jun. 2014.

¹⁶⁵ *Idem.* **United Nations Treaty Collection: Chapter V, Refugees and Stateless Persons. Convention Relating to the Status of Refugees.** Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=V~2&chapter=5&Temp=mtdsg2&lang=en>. Acesso em: 06 jun. 2014.

¹⁶⁶ Tradução livre. Original em inglês: “*In that period, nationality was still largely regarded as a strictly sovereign matter. Statelessness was also seen as an internal – rather than an international – concern and it was therefore felt to be a delicate political issue, blocking discussion at both levels*”. VAN WAAS, *Op. cit.*, 2008, p. 17.

¹⁶⁷ “Artigo 32: Os Estados Partes facilitarão, na medida do possível, a integração e naturalização dos apátridas. Esforçar-se-ão em especial por apressar o processo de naturalização e por diminuir, na medida do possível, as taxas e encargos desse processo”. ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS.

vínculo desencadear uma proteção efetiva também. Deste modo, as dificuldades que os Estados têm em permitir a interferência do direito internacional num elemento tão sensível à sua própria existência enquanto Estado justificam uma postura de extrema cautela perante o regime de proteção aos apátridas.

O processo de regulamentação internacional da apatridia não se encerrou naquela conferência. Retomando o mandato estabelecido pela Resolução 248B(IX) do ECOSOC, o Comitê *Ad Hoc* ainda tinha diante de si uma tarefa por cumprir: promover a criação de mecanismos para a eliminação da apatridia.

A Convenção de Haia de 1930 já havia introduzido algumas limitações ao poder estatal de regulamentação da nacionalidade, justamente com o objetivo de impedir que arbitrariedades desencadeassem situações de apatridia. O status jurídico, direitos e deveres das pessoas apátridas também acabaram sendo definidos na Convenção de 1954. Porém, a questão da apatridia se tornava cada vez mais ameaçadora e ficou claro que ainda era necessário estabelecer alguns parâmetros comuns de concessão da nacionalidade entre os Estados, a fim de que se pudesse, finalmente, erradicar o problema da apatridia.

O início deste trabalho dependia da finalização de propostas de convenções sobre redução e eliminação da apatridia, que estavam sendo preparadas pela Comissão de Direito Internacional. Uma vez concluídas as propostas, em 1954, a Assembleia Geral da ONU publicou a Resolução 896 (IX), por meio da qual reconhecia a importância de reduzir e, se possível, eliminar a apatridia, bem como solicitava ao Secretário-Geral a convocação de uma Conferência para avaliar a possibilidade de adoção de um acordo multilateral sobre o tema.¹⁶⁸

Na Conferência, realizada em 1959, apresentaram-se duas propostas de convenção: uma sobre a Eliminação dos Casos de Apatridia; e a outra sobre a Redução dos Casos de Apatridia. De início, os Estados concluíram que a primeira proposta era muito radical, optando por concentrar os trabalhos no texto da segunda proposta.¹⁶⁹

Coletânea de Instrumentos de Proteção Internacional de Refugiados e Apátridas. ACNUR Brasil. p. 149. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2012/Lei_947_97_e_Coletanea_de_Instrumentos_de_Protecao_Internacional_de_Refugiados_e_Apatridas>. Acesso em: 05 jun. 2014.

¹⁶⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **General Assembly Resolution 896 (IX): Elimination of Reduction of Statelessness.** 504th Plenary Meeting. 4 dez. 1954. p. 49-50. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/896\(IX\)&Lang=E&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/896(IX)&Lang=E&Area=RESOLUTION)>. Acesso em: 07 jun. 2014.

¹⁶⁹ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Nacionalidade e Apatridia: Manual para Parlamentares.** Suíça: SRO Kuding, 2009. p.13. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/Nacionalidade_e_Apatridia_-_Manual_para_parlamentares>. Acesso em: 07 jun. 2014.

As discussões iniciais foram tão densas que não alcançaram nenhum resultado prático no tempo previsto para a conferência. Foi necessário encerrar as discussões e convocar uma nova conferência para dar continuidade aos trabalhos.¹⁷⁰

A Comissão de Direito Internacional havia iniciado os trabalhos sobre a eliminação da apatridia desde 1948. A Conferência de 1959 não foi capaz de avançar em nenhum ponto e uma nova Conferência foi convocada para 1961, quando então seria finalmente adotada uma nova convenção sobre a redução da apatridia. No entanto, ainda demorariam outros 12 anos para que seis Estados ratificassem a convenção e permitissem a sua entrada em vigor. Estas dilações temporais comprovam a sensibilidade do tema da concessão de nacionalidade para a soberania dos Estados, área na qual ainda não estavam preparados para permitir a intromissão do direito internacional.¹⁷¹

Tanto é assim que a Convenção de 1961, apesar de ter por objetivo principal a redução dos casos de apatridia, não menciona em seu preâmbulo o direito humano à nacionalidade, consolidado no artigo 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esta peculiaridade permite interpretar que os Estados não queriam adotar uma convenção sobre atribuição da nacionalidade, tema que ainda desejam reservar ao seu domínio doméstico.

Um pré-requisito para a aplicação da Convenção de 1961 e suas prescrições sobre aquisição de nacionalidade, portanto, é justamente o risco de apatridia. Apenas as pessoas que possuem um vínculo efetivo com um Estado, pelo nascimento ou descendência, e que serão apátridas caso não haja uma intervenção internacional, poderão se beneficiar dos mecanismos estabelecidos na Convenção de 1961. A preocupação maior, portanto, é com a apatridia, não com a aquisição de uma nacionalidade em si.¹⁷²

A prevenção à apatridia é feita naquele tratado em três situações: no nascimento; após a perda, renúncia ou privação da nacionalidade anteriormente adquirida; e no contexto da sucessão de Estados. Mesmo estas situações, por si só, não implicam ao Estado um dever de conceder a sua nacionalidade. É necessária a constatação de elementos adicionais que comprovem o vínculo fático desta pessoa com um determinado Estado, porque somente daí surge a obrigação de concessão da nacionalidade.¹⁷³

¹⁷⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Final Act Of The United Nations Conference On The Elimination Or Reduction Of Future Statelessness**. UN Treaty Series. p. 250. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/3ae6b39620.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2014.

¹⁷¹ VAN WAAS, Op. cit., 2008, p. 42.

¹⁷² ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS, Op. cit., 1999. p.13.

¹⁷³ VAN WAAS, Op. cit., 2008, p. 44.

Neste novo instrumento não foi incluída uma definição do que é a apatridia, presumindo-se que o conceito utilizado seria aquele constante na Convenção de 1954. Laura van Waas identifica essa omissão como parte de um problema mais amplo daquele texto normativo: não há indicação alguma sobre como os Estados poderão identificar uma situação de risco de apatridia. A falta de uma metodologia, de regras sobre ônus da prova do risco de apatridia, de tipos de provas aceitáveis e de como identificar um apátrida prejudicam sensivelmente a implementação da Convenção de 1961.¹⁷⁴

Atualmente, apenas 55 Estados são partes nesta Convenção¹⁷⁵, confirmando a persistente relutância destas entidades em se comprometer com tratados que tocam no tema da nacionalidade.

2.4 Uma fresta no sistema: os apátridas *de facto*

A despeito do regime estabelecido pelas Convenções de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas e de 1961 para a Redução dos Casos de Apatridia, a proteção dos seres humanos que não podem contar com a proteção e assistência de qualquer Estado ainda é lacunosa.

O desafio reside, essencialmente, na inexistência de mecanismos de proteção para as pessoas que, a despeito de possuírem um vínculo formal de nacionalidade com um Estado, não podem contar com a sua proteção, encontrando-se impedidas ou incapazes de exercer os direitos que integram o núcleo do referido instituto. Apesar de vinculados a um Estado, estas pessoas detêm uma nacionalidade não efetiva, compondo a categoria dos apátridas *de facto*.

Uma análise histórica da construção do conceito de apátrida demonstra o quão espinhoso é o tema da proteção dos apátridas *de facto*, pessoas que, formalmente e aos olhos das entidades soberanas, são de responsabilidade de um Estado específico.

Um dos primeiros documentos que abordou a questão da apatridia *de facto* foi o Memorando “*Apatridia e algumas das suas causas: um esboço*” produzido pelo Comitê Intergovernamental para os Refugiados, em 1946.

De acordo com o Memorando, o conceito de apatridia *de facto* estava calcado na noção de falta de proteção diplomática ou consular daqueles indivíduos que possuíam um

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 45.

¹⁷⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations Treaty Collection**: Chapter V, Refugees and Stateless Persons. Convention on the Reduction of Statelessness. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-4&chapter=5&lang=en>. Acesso em: 07 jun. 2014.

vínculo de nacionalidade formal. Não era, no entanto, qualquer privação de proteção que levaria à qualificação como apátrida *de facto*. Uma privação temporária porque o Estado se encontrava incapaz de oferecê-la no território do país estrangeiro onde seu nacional se encontra - em razão de uma ocupação militar estrangeira em seu território, ou pela ausência ou suspensão de relações diplomáticas com um determinado país - não coloca os seus nacionais em uma situação de apatridia *de facto*. Para tanto, é preciso que haja uma recusa intencional do Estado em oferecer proteção ao seu nacional que se encontra em território estrangeiro. Além disso, de acordo com o memorando, não poderiam ser considerados apátridas *de facto* aqueles indivíduos que ainda se encontram no território do Estado do qual são nacionais.¹⁷⁶

Posteriormente, em 1948, o ECOSOC solicitou ao Secretário-Geral um estudo sobre a situação dos apátridas, que resultou no documento *A Study of Statelessness*, em 1949, onde a apatridia *de facto* foi definida da seguinte maneira:

Apátridas *de facto* são pessoas que, tendo deixado o país do qual eram nacionais, não gozam da proteção e assistências das autoridades de seu país, tanto porque essas autoridades se recusam a oferecer-lhes assistência e proteção, quanto porque eles próprios renunciaram à assistência e proteção dos países dos quais são nacionais.¹⁷⁷

Em comparação com o conceito apresentado no Memorando de 1946, que restringia a apatridia *de facto* aos casos em que o Estado negava a proteção, a definição do estudo de 1949 inova ao incluir pessoas que, voluntariamente, renunciaram à proteção do Estado.

Ainda assim, as causas identificadas pelo estudo como geradoras da apatridia *de facto* continuaram estritamente vinculadas à noção de refugiado: perseguições políticas, raciais ou religiosas; ou emigração em massa em razão da mudança do sistema político ou social de um país.¹⁷⁸

O próprio estudo justifica a necessidade de associar a situação dos apátridas à situação dos refugiados porque a maioria dos apátridas eram, à época, refugiados¹⁷⁹, o que demonstra

¹⁷⁶ MASSEY, Hugh. **UNHCR and De Facto Statelessness**. Legal and Protection Policy Research Series. Division of International Protection. LPPR/2010/01. Genebra, Abril, 2010. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4bbf387d2.html>>. Acesso em: 07 jun. 2014.

¹⁷⁷ Tradução livre. Original em inglês: “*Stateless persons de facto are persons who, having left the country of which they were nationals, no longer enjoy the protection and assistance of their national authorities, either because these authorities refuse to grant them assistance and protection, or because they themselves renounce the assistance and protection of the countries of which they are nationals*”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A Study of Statelessness**. Lake Success, New York. Agosto, 1949. E/1112. p.07. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/3ae68c2d0.html>>. Acesso em: 07 jun. 2014.

¹⁷⁸ *Idem*, p.113-114.

¹⁷⁹ *Idem*, p. 08.

que o problema do refúgio contaminou desde o princípio os estudos sobre o tema da apatridia, dificultando uma análise mais autônoma da questão.

Carol Batchelor chama a atenção para o fato de que aquele relatório analisou a situação dos refugiados que eram apátridas *de jure* e *de facto*, mantendo ambas as condições (refugiado e apátrida) fundidas em um único instituto. Pouco foi mencionado acerca dos indivíduos que não eram refugiados, mas apenas apátridas. Considerando que o ECOSOC convocou o Comitê *Ad Hoc* e determinou que os trabalhos fossem iniciados a partir do estudo do Secretário-Geral, a Convenção de 1954 acabou tendo um alcance muito restrito, que não se debruça sobre o problema da falta de proteção efetiva. Isso porque, apesar desse tratado lidar com a condição dos apátridas que não são refugiados, a sua construção é feita com base em um estudo que apenas examinou a condição de uma população essencialmente distinta, a dos apátridas que são refugiados.¹⁸⁰

Digno de nota que, nas recomendações finais do estudo, o Secretário-Geral solicita aos Estados que não ajam de maneira discriminatória contra pessoas apátridas *de jure* e *de facto* e que busquem conceder-lhes um status jurídico adequado aos princípios e normas internacionais.¹⁸¹ Existia, portanto, uma preocupação com as pessoas que possuíam uma nacionalidade, mas careciam de uma proteção efetiva, ainda que à época os Estados e a ONU aparentemente não soubessem como lidar com o tema.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), agência da ONU incumbida de oferecer proteção e assistência aos refugiados, também se manifestou acerca do conceito de apatridia *de facto*.

Apesar de o mandato inicial do ACNUR não comportar a proteção de apátridas *per se*, a agência considerava que todos os refugiados seriam, sempre, apátridas *de facto*, na medida em que sua nacionalidade se torna ineficaz em razão da falta de proteção nacional, seja porque lhe foi negada, seja porque ele próprio a ela renunciou. Esta definição do ACNUR é ainda mais ampla do que a definição do Memorando elaborado pelo Comitê Intergovernamental para os Refugiados e do *Estudo sobre Apatridia* do Secretário Geral, na medida em que inclui, além das pessoas às quais a proteção é negada pelo Estado, aquelas pessoas que não conseguem obter proteção porque o país encontra-se incapaz de oferecê-la, em razão, por exemplo, de uma guerra ou ausência de relações diplomáticas com o país estrangeiro no qual o seu nacional se encontra.¹⁸²

¹⁸⁰ BATCHELOR, *Op. cit.*, 1995, p.241.

¹⁸¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Op. cit.*, 1949, p.59.

¹⁸² MASSEY, *Op. cit.*, 2010, p.09-10.

A partir da abertura dos trabalhos em torno da criação de convenções para regular o estatuto dos refugiados e apátridas e para eliminar e reduzir as causas de apatridia, outros estudos foram produzidos e novas discussões foram travadas sobre a apatridia *de jure* e *de facto*.

A definição do grupo de pessoas que seriam beneficiadas pelas convenções sobre apatridia foi alvo de intensos debates, que serão expostos a seguir. A discussão interessa ao objeto deste trabalho na medida em que demonstra a incompreensão dos Estados em relação à situação dos apátridas *de facto*, e, principalmente, a falta de vontade de lidar e oferecer soluções para este problema.

2.4.1 Embates em torno dos conceitos de apátrida de jure e de facto durante as Conferências de Plenipotenciários

Quando do início da Segunda Conferência de Plenipotenciários, os participantes se depararam com um Protocolo que, apesar de mencionar que trataria do estatuto dos “apátridas”, em nenhum momento esclarecia os critérios para que uma pessoa se qualificasse como tal. A fim de evitar que a nova convenção fosse aplicada de maneira distinta por cada um dos Estados, os participantes da Conferência de Plenipotenciários optaram por consolidar uma definição para o termo apátrida.¹⁸³

O debate sobre o conteúdo do conceito de apátrida foi iniciado a partir da definição trazida pelo Relator Especial Manley Hudson, em seu relatório *Nacionalidade, incluindo apatridia*: “apátridas, no sentido jurídico do termo, são as pessoas que não são consideradas como nacionais por nenhum Estado de acordo com a sua legislação”¹⁸⁴. Em sua opinião, o sentido técnico-jurídico do termo apátrida apenas poderia comportar esta definição.

Por outro lado, o relator explica que apátridas *de facto* seriam aquelas pessoas que deixaram os países dos quais eram nacionais e já não contam com a sua proteção, tanto porque o Estado se recusa a oferecer assistência e proteção, quanto porque o próprio indivíduo renunciou à proteção do seu país de nacionalidade. Neste contexto, apátridas *de facto* não seriam apátridas em sentido estrito, mas pessoas *de facto* desprotegidas, em contraposição àquelas pessoas *de jure* desprotegidas, estas últimas, sim, verdadeiros apátridas.¹⁸⁵

¹⁸³ ROBINSON, *Op. cit.* 1955, p.07.

¹⁸⁴ Tradução livre. Original em inglês: “*Stateless persons in the legal sense of the term are persons who are not considered as nationals by any State according to its law*”. HUDSON, *Op. cit.*, 1953, p.17.

¹⁸⁵ *Idem*.

Os países que defendiam o conceito proposto por Hudson e se opunham à inclusão dos apátridas *de facto* argumentavam que, primeiro, os países já haviam esclarecido as condições e a medida da proteção que estariam dispostos a oferecer a pessoas que se recusam a contar com a proteção do seu país de origem, no momento em que celebraram a Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados.¹⁸⁶

Prevalencia um consenso de que os apátridas *de facto* eram refugiados e, portanto, já existiria um tratado cuidando da sua proteção. A partir desta lógica, considerava-se a possibilidade de que um Estado não estivesse disposto a aceitar o compromisso com a proteção de apátridas *de facto* (os refugiados) e *de jure*, de maneira que era preciso esclarecer que o escopo da nova convenção sobre apatridia voltava-se a uma população bastante específica sobre a qual ainda não havia qualquer regulamentação na ordem internacional.¹⁸⁷

Além disso, acreditava-se que estender proteção aos apátridas *de facto* acabaria beneficiando indevidamente pessoas que renunciaram à sua nacionalidade por motivos estritamente pessoais.¹⁸⁸

À época, a imaginação dos participantes não era criativa o suficiente para cogitar hipóteses em que a apatridia *de facto* poderia ocorrer por motivos alheios à vontade do indivíduo. Logo, para os participantes da Segunda Conferência de Plenipotenciários, os apátridas *de facto* que não fossem refugiados apenas poderiam ser aquelas pessoas que, voluntariamente, por razões de conveniência pessoal, renunciavam à sua nacionalidade de origem.

Os participantes, assim, chegaram à seguinte redação final do conceito de apátrida: “para efeitos da presente Convenção, o termo apátrida designará toda a pessoa que não seja considerada por qualquer Estado, segundo a sua legislação, como seu nacional”¹⁸⁹. A definição ficou reduzida à apatridia *de jure*, sob a escusa de evitar abusos e duplicidade de proteção em razão da Convenção de 1951.

No entanto, o governo belga sugeriu que a possibilidade de extensão de assistência aos apátridas *de facto* não fosse totalmente descartada, propondo a abertura de uma categoria opcional, que deixava a critério dos Estados decidirem quem poderia se beneficiar da proteção como apátrida.¹⁹⁰ A proposta acabou sendo incorporada na Ata Final da Conferência, como uma recomendação:

¹⁸⁶ ROBINSON, *Op. cit.* 1955, p.08.

¹⁸⁷ BATCHELOR, *Op. cit.*, 1995, p.248.

¹⁸⁸ ROBINSON, *Op. cit.* 1955, p.08.

¹⁸⁹ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Op. cit.*, 2014 p. 140.

¹⁹⁰ ROBINSON, *Op. cit.* 1955, p.08-09.

A Conferência

Recomenda que cada Estado Parte, quando reconhecer como válidas as razões pelas quais uma pessoa renunciou à proteção do Estado da qual ela é nacional, considere solidariamente a possibilidade de estender àquela pessoa o tratamento que a Convenção defere aos apátridas.¹⁹¹

Hugh Massey explica que, ao formular a proposta, a delegação belga estava preocupada com uma possível lacuna de proteção para os refugiados que chegassem a países que não aderiram à Convenção de 1951. Como a Convenção sobre Apatridia apenas lidaria com os apátridas *de jure*, e sendo os refugiados apátridas *de facto* por excelência, não haveriam mecanismos de proteção aos refugiados nos países que não aderiram aos tratados sobre refúgio. A recomendação, portanto, abriria essa possibilidade aos Estados que apenas adotassem a Convenção sobre Apatridia.¹⁹²

A preocupação da delegação belga, contudo, mostrou-se inócua. Afinal, conforme demonstrado linhas atrás, a adesão aos tratados sobre refúgio é amplamente maior do que aos tratados sobre apatridia – isso para não mencionar o fato de que as populações têm necessidades distintas e bastante específicas, de modo que uma convenção sobre apatridia não poderia conferir a proteção que um refugiado realmente necessita.

A Convenção, portanto, obriga todos os Estados a estenderem determinados benefícios àquelas pessoas que se qualifiquem como apátridas *de jure*. A partir da recomendação acima, no entanto, entende-se que os Estados não estão proibidos de dar o mesmo tratamento aos apátridas *de facto*. No entanto, uma interpretação de que, sendo assim, os apátridas *de facto* não estariam, em realidade, totalmente desprovidos de proteção internacional, é perigosa e incorreta por diversas razões.

Veja-se, inicialmente, que apenas as pessoas que renunciam à proteção do Estado estão abrangidas pela recomendação. Aquelas que são vítimas de uma ação que parte do próprio Estado ficaram excluídas da provisão. Ademais, fica totalmente a critério do Estado decidir o que são razões válidas para a renúncia e se elas justificam o tratamento equiparado aos apátridas *de jure*. Este elemento subjetivo traz consigo uma insegurança, já que o que pode vir a ser uma razão válida para um Estado, pode não ser para outro.

¹⁹¹ Tradução livre. Original em inglês: “*The Conference Recommends that each Contracting State, when it recognizes as valid the reasons for which a person has renounced the protection of the State of which he is a national, consider sympathetically the possibility of according to that person the treatment which the Convention accords to stateless persons*”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Final Act of the United Nations Conference on the Status of Stateless Persons**. 1954. Disponível em: <<http://www.ehu.es/ceinik/tratados/16TRATADOSSOBREREFUGIADOS/161RefugiadosApatridiasyAsilo/TR1615ING.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2014.

¹⁹² MASSEY, *Op. cit.*, 2010, p. 19-20.

A conferência determinou, ainda, que razões de conveniência pessoal não poderiam ser consideradas válidas a justificar a renúncia da proteção (como seria o caso, por exemplo, da renúncia para se esquivar do serviço militar obrigatório). No entanto, a única razão válida reconhecida pelos participantes foi a perseguição em razão de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a grupo social ou opinião política, as quais são justamente os critérios para o reconhecimento como refugiado.¹⁹³ Ou seja, a recomendação unicamente replica uma concepção que já era consensual entre os Estados, a de que apenas os refugiados seriam apátridas *de facto*.

Entretanto, ainda que tal reconhecimento venha a ocorrer futuramente em outros casos, alguns questionamentos práticos virão à tona. Sendo uma prerrogativa do Estado a de decidir se irá ou não estender a proteção dos apátridas *de jure* a uma pessoa que considere apátrida *de facto*, em que medida os demais Estados da comunidade internacional estão obrigados a acatar o reconhecimento daquele primeiro Estado e, mais adiante, até que ponto os direitos adquiridos pelo apátrida *de facto* em um Estado são oponíveis aos demais Estados?

Nehemiah Robinson exemplifica estes problemas práticos a partir da hipótese de que um documento de viagem seja emitido em favor de um apátrida *de facto*, com base nas normas da Convenção de 1954, dos quais se tornou beneficiário a partir da recomendação da Ata Final. Apesar de o artigo 28 da Convenção de 1954 determinar que os Estados Partes devam reconhecer como válidos os documentos de viagem dos apátridas, um Estado pode argumentar que a validade apenas é imposta em relação aos documentos dos apátridas *de jure*, afinal, apenas eles são referidos nas normas de caráter vinculante.¹⁹⁴

Com a aprovação da Convenção de 1954 e a limitação da sua aplicação aos apátridas *de jure*, o tema da proteção aos apátridas *de facto* teve que ser postergado. Durante os trabalhos preparatórios e nas discussões sobre uma convenção para eliminar ou reduzir a apatridia, no entanto, o tema da apatridia *de facto* foi novamente suscitado.

Em paralelo à Segunda Conferência de Plenipotenciários, em 1954, a Comissão de Direito Internacional estava trabalhando em torno de propostas de tratados para lidar com o tema da eliminação ou redução da apatridia. Roberto Córdova foi designado como relator especial e incumbido de formular mecanismos para solucionar aquele problema.

Em seu relatório, Córdova explica que, para além dos métodos de eliminação da apatridia, ele considera necessário tratar das formas de solucionar o problema da apatridia *de facto*, situação que considera a mais cruel e desumana para o indivíduo. Isso porque, o

¹⁹³ *Ibidem*, p.19.

¹⁹⁴ ROBINSON, *Op. cit.* 1955, p.11-12.

apátrida *de facto* vive uma situação em que ele é privado de todos os direitos inerentes à nacionalidade - equiparando-se aos apátridas *de jure* -, mas, ao contrário dos apátridas *de jure*, não pode recorrer ao direito internacional em busca de proteção.¹⁹⁵

Apesar de os apátridas *de facto* não serem, juridicamente, apátridas, Córdova defende que o fato de possuírem um direito que não pode ser exercitado gera uma situação de violação ao artigo 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pois, nos termos da Resolução 116 (VI) D do ECOSOC, não basta possuir uma nacionalidade, é preciso que ela seja positiva e efetiva.¹⁹⁶

A proposta de Córdova, por conseguinte, era a de que os apátridas *de facto* fossem tratados da mesma maneira que os apátridas *de jure*, desde que renunciem à nacionalidade não efetiva.

O relatório final foi, então, submetido à avaliação dos membros da Comissão de Direito Internacional. Em relação ao tema específico da apatridia *de facto*, os membros estavam divididos em opiniões divergentes.

Uma minoria apoiou a proposta do relator, no sentido de regulamentar a delicada situação dos apátridas *de facto*, considerando-a ousada e inovadora.¹⁹⁷ Lauterpacht, no entanto, se opôs veementemente à equiparação dos apátridas *de facto* aos apátridas *de jure*.

Segundo o jurista, uma proposta de Convenção para Eliminar a Apatridia deveria ser simples e prática, o que não se coadunava com a inserção de um tema tão complexo como a apatridia *de facto*. Ademais, o relatório não teria esclarecido o conceito de apatridia *de facto* de modo a permitir que os Estados e cortes internacionais pudessem se basear em critérios claros para decidir sobre quem seriam os sujeitos afetados por este problema.¹⁹⁸

A inexistência de um conceito claro, portanto, daria aos Estados o direito de decidir se uma pessoa é ou não nacional de um determinado país, obrigando-os a tratar essas pessoas de maneira similar aos seus próprios nacionais. Em razão disso, Lauterpacht afirmou que apenas estaria de acordo se a proposta do relator se tornasse uma mera sugestão da Comissão aos governos. Dessa forma, a Comissão chamaria a atenção dos Estados para o problema dos

¹⁹⁵ CÓRDOVA, Roberto. **Nationality including statelessness: third report on the Elimination or Reduction of Statelessness**. Yearbook of the International Law Commission. 1954, Vol. II. A/CN.4/81. p. 30. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_81_corr1.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2014.

¹⁹⁶ *Idem*.

¹⁹⁷ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Summary Record of the 247th meeting**. Yearbook of the International Law Commission. 15 jun. 1954, Vol. I. A/CN.4/SR.247. p.25. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_sr247.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2014.

¹⁹⁸ *Idem*. **Summary Record of the 246th meeting**. Yearbook of the International Law Commission. 14 jun. 1954, Vol. I. A/CN.4/SR.246. p.20. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_sr246.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2014.

apátridas *de facto*, e partilharia a posição de que a equiparação aos apátridas *de jure* para fins de proteção seria desejável.¹⁹⁹ Posta em votação, a proposta do relator foi rechaçada pela maioria e excluída da minuta da proposta final da Comissão de Direito Internacional, perdendo-se mais uma oportunidade de regulamentar a situação dos apátridas *de facto*.

A convocação de uma nova conferência de plenipotenciários para celebrar uma convenção sobre a redução ou eliminação da apatridia, porém, abriu uma brecha para que as discussões sobre o tema fossem retomadas.

Entre 1959 e 1961, em Genebra e Nova York, os Estados reunidos na Conferência discutiram a criação de regras para garantir que os indivíduos teriam direito à nacionalidade de um dos Estados partes, e que ninguém seria privado da sua nacionalidade, se de outra forma essas pessoas acabariam se tornando apátridas.

A delegação da Bélgica, mais uma vez, suscitou a lacuna de proteção aos apátridas *de facto* e propôs a inclusão do tema em uma resolução recomendatória, de caráter não vinculante, na Ata Final da Convenção que seria submetida à aprovação dos Estados. De acordo com o representante belga, o país buscava chamar a atenção dos demais Estados para o caso de pessoas que não eram apátridas *de jure*, mas que, ao mesmo tempo, não gozavam da proteção do país com o qual mantinham um vínculo formal de nacionalidade.²⁰⁰ O exemplo prático invocado pela Bélgica dizia respeito à necessidade de proteger adequadamente a população de refugiados abrigada em seu território, cuja incerteza quanto ao seu status nos respectivos países de origem poderia levar os refugiados e seus filhos a uma situação de apatridia *de facto*.²⁰¹

Os participantes da conferência teceram inúmeras críticas à proposta e a consideraram, de modo geral, impertinente para o escopo e propósito da convenção que estava sendo debatida. Por um lado, considerou-se que os apátridas *de jure* e os apátridas *de facto* eram grupos diametralmente distintos, não havendo cabimento em permitir que um se beneficiasse das medidas que pertenciam legalmente ao outro grupo. Por outro lado, ponderou-se que a conferência buscava formas de solucionar conflitos negativos de legislações domésticas sobre

¹⁹⁹ *Idem. Summary Record of the 249th meeting.* Yearbook of the International Law Commission. 17 jun. 1954, Vol. I. A/CN.4/SR.249. p.36-37. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_sr249.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2014.

²⁰⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. United Nations Conference on the Elimination or Reduction of Future Statelessness. Genebra, 1959. **Summary Records, 19th meeting of the whole.** Documento: A/CONF.9/C.1/SR.19. p.8-9. Disponível em: <http://legal.un.org/diplomaticconferences/statelessness-1959/docs/english/Vol_2/20_a_conf-9_c-1_sr-19.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2014.

²⁰¹ *Idem.* United Nations Conference on the Elimination or Reduction of Future Statelessness. Nova Iorque, 1961a. **Summary Records, 23rd Plenary Meeting.** Documento: A/CONF.9/SR.23. p.12. Disponível em: <http://legal.un.org/diplomaticconferences/statelessness-1959/docs/english/Vol_2/44_a_conf-9_sr-23.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2014.

nacionalidade que desencadeassem situações de apatridia. A apatridia *de facto*, nesta senda, não resultaria de conflitos de leis, mas de um ato de vontade do indivíduo, de modo que não seria cabível equiparar esta situação à dos apátridas *de jure*.²⁰²

A incompreensão dos participantes acerca da proposta belga remetia a uma percepção persistente desde a celebração da Convenção de 1954 de que os apátridas *de facto* somente poderiam ser os refugiados. Seguindo esta linha de raciocínio, aqueles que não fossem refugiados somente poderiam ser pessoas que, voluntariamente, renunciaram à sua nacionalidade de origem, ato que, na visão da maioria dos Estados, não era digno, necessariamente, de proteção internacional.

Esta constatação é refletida na ponderação do delegado canadense que justificou a impossibilidade de o seu Estado apoiar a resolução recomendatória pelo fato de “não compreender o que são apátridas *de facto*, se não refugiados”²⁰³.

A delegação belga reforçou o caráter não vinculante do texto e ponderou, por fim, que a resolução recomendatória foi motivada por razões humanitárias, que superam a discussão estritamente jurídica das categorias de apátridas.²⁰⁴

Apesar dos dissensos, a resolução acabou sendo aprovada por 17 votos favoráveis e 01 contrário, tendo sido incluída na Ata Final da Convenção de 1961 nos seguintes termos:

A Conferência

Recomenda que pessoas que são apátridas *de facto* devam ser, na medida do possível, tratadas como apátridas *de jure* no sentido de permitir que elas adquiram uma nacionalidade efetiva.²⁰⁵

Por meio de carta encaminhada aos participantes da Conferência sobre a Eliminação e Redução de futuros casos de Apatridia, o ACNUR adicionou algumas observações ao debate sobre o tratamento protetivo a ser dispensado aos apátridas *de jure* e *de facto* por ocasião da celebração da Convenção de 1961. Segundo aquela agência, a questão da apatridia *de facto*, que afeta pessoas que não possuem uma nacionalidade efetiva, era um problema importante

²⁰² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Op. cit.*, 1959, p.09.

²⁰³ *Ibidem*, *loc. cit.*

²⁰⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

²⁰⁵ Tradução livre. Original em inglês: “*The Conference*

Recommends that persons who are stateless de facto should as far as possible be treated as stateless de jure to enable them to acquire an effective nationality.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Final Act of the United Nations Conference on the Elimination or Reduction of Future Statelessness**. United Nations Treaty Series. p. 279. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/3ae6b39620.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2014.

que não recebeu a devida atenção dos Estados participantes na Conferência, apesar da breve referência ao tema na recomendação supramencionada e que seria incluída na Ata Final.²⁰⁶

Paul Weis, na qualidade de representante do ACNUR durante os debates da Conferência, ressaltou a importância da referida recomendação, especialmente diante das dificuldades práticas em se distinguir a existência ou falta de nacionalidade, ou se uma pessoa é um apátrida *de jure* ou *de facto*. Weis apelou aos Estados para que o termo apátrida fosse interpretado da maneira mais ampla possível, inclusive equiparando-se apátridas *de jure* aos apátridas *de facto*, a fim de garantir que as disposições da Convenção de 1961 atingissem o seu objetivo nuclear - possibilitar que o maior número possível de pessoas possam adquirir uma nacionalidade efetiva, evitando perpetuar a incerteza do seu status nas próximas gerações.²⁰⁷

Apesar da aprovação da recomendação por larga maioria, Massey salienta que a maioria dos Estados agiu mais motivada pelo espírito humanitário que pela utilidade prática do dispositivo, a respeito da qual a maioria dos participantes permaneceu cética.²⁰⁸

De fato, o impacto desta previsão sobre a proteção dos apátridas *de facto* permanece questionável, sobretudo diante do reduzido número de ratificações da Convenção de 1961 para a Redução dos Casos de Apatridia.

2.4.2 As acepções da apatridia de facto

Após tantas disputas em torno de um conceito de apátrida, cumpre perquirir qual seria, finalmente, a definição de apátrida *de facto*.

A construção de um conceito no direito internacional é feita a partir de referências à doutrina, jurisprudência e práticas estatais. Uma vez consolidado em um tratado, tal como ocorreu nos casos dos refugiados e dos apátridas *de jure*, o conceito se torna um padrão a ser observado pelos Estados.

Em se tratando da apatridia *de facto*, embora ainda não exista uma definição consensual e disciplinada de maneira vinculante em um tratado, é certo que o termo adquiriu

²⁰⁶ *Idem*. United Nations Conference on the Elimination or Reduction of Future Statelessness. Nova York, 1961b. **Observations by the United Nations High Commissioner for Refugees**. Documento: A/CONF.9/11. p.3-4. Disponível em: <http://legal.un.org/diplomaticconferences/statelessness-1959/docs/english/Vol_1/16_OBSERVATIONS_UNHCR_A_conf_9_11.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2014.

²⁰⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Op. cit.*, 1961a, p.13-14.

²⁰⁸ MASSEY, *Op. cit.*, 2010, p. 25.

um significado e passou a ser utilizado pela doutrina e jurisprudência internacional como uma categoria de apatridia.

A viabilidade do conceito da apatridia *de facto* parte de um pressuposto já adiantado por Hudson em seu relatório de 1952: a apatridia não é necessariamente solucionada pela mera concessão de uma nacionalidade. Para deixar de ser apátrida, um indivíduo precisa alcançar uma efetiva melhoria no seu status, o que corresponderia, para o autor, à aquisição plena dos direitos que integram o instituto da nacionalidade do ponto de vista do direito internacional, bem como o usufruto dos direitos concedidos aos nacionais nas legislações domésticas.²⁰⁹

Uma solução meramente formal pode até diminuir o número de apátridas no mundo, mas se não houver uma preocupação com a *qualidade* da nacionalidade adquirida, o problema deixará de ser o da apatridia *de jure* para se tornar o da apatridia *de facto*, uma mudança que não altera substancialmente a condição do indivíduo desprotegido.

É importante perceber que o elemento propulsor da proteção aos apátridas não é a ausência de nacionalidade por si só, mas as consequências da falta de proteção de um Estado. A correção do problema da apatridia não é a aquisição pura e simples da nacionalidade, mas a aquisição da proteção efetiva de um Estado.

Tanto é assim que, em se tratando dos refugiados, entende-se que eles devem ser tratados de acordo com a Convenção de 1951, independentemente de possuírem ou não uma nacionalidade. Mesmo sendo apátridas, a Convenção de 1951 segue prevalecendo em relação à Convenção de 1954, porque a proteção oferecida pelo primeiro tratado é mais ampla e, portanto, implica uma melhoria mais significativa no status do indivíduo.²¹⁰

Alinhada com este entendimento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que a condição de apátrida é “derivada de uma falta de nacionalidade, quando o indivíduo não se qualifica – de acordo com as leis de um Estado – para recebê-la, como consequência da sua privação arbitrária ou pela outorga de uma nacionalidade que não é efetiva na prática”²¹¹.

O ACNUR, por sua vez, conduziu um estudo sobre qual seria o correto significado da apatridia *de facto* e em que situações práticas ela poderia se configurar. Após uma revisão da

²⁰⁹ HUDSON, *Op. cit.* 1952, p. 20.

²¹⁰ ROBINSON, *Op. cit.*, 1955, p. 05-07.

²¹¹ Tradução livre. Original em espanhol: “[...]condición que es derivada de la falta de nacionalidad, cuando un individuo no califica bajo las leyes de un Estado para recibirla, como consecuencia de su privación arbitraria, o bien por el otorgamiento de una nacionalidad que no es efectiva en la práctica.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Op. cit.*, 2005, p. 61.

doutrina e de práticas de organismos internacionais, o ACNUR chegou ao seguinte conceito, compreendido como adequado para o escopo do presente trabalho:

Apátridas *de facto* são pessoas que se encontram fora do seu país de nacionalidade e que não podem ou, por razões válidas, não querem se valer da proteção desse país. As pessoas que possuem mais de uma nacionalidade são apátridas *de facto* apenas se elas estiverem fora de todos os países dos quais são nacionais e não podem ou, por razões válidas, não querem se valer da proteção de nenhum destes países.²¹²

De acordo com este conceito, entende-se por proteção tanto a proteção diplomática, quanto a assistência diplomática e consular, bem como o direito de retornar ao Estado de nacionalidade.²¹³

As razões consideradas válidas para que uma pessoa não queira se valer da proteção do seu Estado de nacionalidade são identificadas como todas aquelas que autorizam o reconhecimento da condição de refugiado²¹⁴, sobre as quais já haveria um consenso global acerca da validade. As pessoas que recusam voluntariamente a proteção disponibilizada pelo seu Estado de nacionalidade e que não se encontram nos contextos delineados pelas convenções sobre refúgio não poderiam ser consideradas apátridas *de facto*.²¹⁵

A referência à incapacidade da pessoa de se valer da proteção do Estado de nacionalidade é válida na situação em que, por condições alheias à sua vontade, a proteção se torna indisponível. Seria o caso do Estado que se recusa a oferecer proteção, que se omite indefinidamente, ou que se encontra impossibilitado de fazê-lo em razão de um estado de guerra ou inexistência de relações diplomáticas ou consulares com o país de residência da pessoa interessada. Esta indisponibilidade da proteção, no entanto, deve ser total, a ponto de impedir o retorno do nacional ao seu país de origem. Se a pessoa tem a possibilidade real de retorno, não há que se falar em apatridia *de facto*, ainda que o Estado seja incapaz ou não queira oferecer proteção no país de residência do indivíduo.²¹⁶

Diante do exposto, vejamos a seguir a aplicação prática deste conceito no contexto atual, em que a zona cinzenta da apatridia *de facto* tem um impacto real sobre os indivíduos.

²¹² MASSEY, *Op. cit.*, 2010, p. 61.

²¹³ MASSEY, *Op. cit.*, 2010, p.62.

²¹⁴ Ver Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951; Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1967; Declaração de Cartagena, de 1984; Convenção da Organização da Unidade Africana que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados na África, de 1969

²¹⁵ MASSEY, *Op. cit.* 2010, p. 62-64.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 64-65.

2.5 Formas contemporâneas da apatridia *de facto*

Segundo Carol Batchelor, os primeiros apátridas *de facto* foram os judeus à época do Reich.²¹⁷ Em 1935, as leis raciais de Nuremberg dividiram os alemães entre os nacionais cidadãos do Reich, que possuíam todos os direitos civis inerentes à nacionalidade, e os “outros nacionais”, os judeus, que não possuíam qualquer direito civil no Estado alemão.

Estes “outros nacionais” tinham autorização para sair do país e conseguiam obter e renovar passaportes de viagem, tanto na Alemanha, quanto nos consulados no exterior. Apesar de manterem um vínculo de nacionalidade com o Estado alemão, era evidente que não contavam com a sua proteção ou assistência consular ou diplomática. Estes judeus deixaram de ser apátridas *de facto* para se tornarem efetivos apátridas *de jure* a partir de 1941, quando um novo decreto cancelou a nacionalidade alemã de todos os judeus que se encontravam fora do território ou que viessem a deixar o território alemão.²¹⁸

A situação dos judeus, que tiveram a sua nacionalidade esvaziada de conteúdo pelo Estado alemão em razão de discriminações étnicas e religiosas, justifica a criação de um consenso inicial de que os apátridas *de facto* seriam os refugiados por excelência. À época, o melhor exemplo para a falta de proteção estatal experimentada por pessoas que possuíam uma nacionalidade era, de fato, a de pessoas que cruzaram uma fronteira internacional em busca de proteção porque o seu Estado promovia inúmeras violações graves de direitos humanos em razão da sua raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.

Assim como as relações internacionais e as relações entre o indivíduo e o Estado foram se tornando cada vez mais complexas ao longo do século XX e XXI, as causas dos deslocamentos humanos também se pluralizaram. Grande parte das fugas forçadas de milhares de pessoas já não guardava relação apenas com uma perseguição individual, motivada pelas razões listadas na Convenção de 1951. Os conflitos se tornaram mais avassaladores, e seus efeitos atrozos atingiam toda a população de um território indistintamente.

O próprio conceito de refugiado, portanto, teve de se adaptar às novas formas de deslocamento forçado, ampliando-se para assegurar que pessoas que fugiam de contextos de

²¹⁷ BATCHELOR, *Op. cit.*, 1995, p.233.

²¹⁸ MASSEY, *Op. cit.*, 2010, p.03.

intervenções estrangeiras, guerras civis, grave e generalizada violação de direitos humanos e grave perturbação da ordem pública seriam protegidas por um segundo Estado.²¹⁹

Da mesma forma, a apatridia já não surge apenas dos conflitos clássicos que inspiraram as convenções sobre apatridia nas décadas de 1950 e 1960. A Convenção de 1961, por exemplo, manteve o seu foco em três situações que, à época, eram consideradas como as principais formas de colocar uma pessoa em risco de apatridia: a apatridia no nascimento, porque nenhum Estado reconhece a criança como seu nacional; a perda, renúncia ou privação da nacionalidade já adquirida; e a sucessão de Estados.²²⁰

Atualmente, no entanto, nos deparamos com uma série de outras causas de apatridia que não foram contempladas em 1961 e que também provocam as nefastas consequências da ausência de vínculo formal com um Estado.

A apatridia no nascimento, por exemplo, já não surge apenas por conflitos de leis, quando uma criança, filha de pais que adquiriram a nacionalidade de um país que adota somente o critério do *jus soli*, nasce no território de um país que adota exclusivamente o critério do *jus sanguinis*.

Crianças abandonadas, órfãs ou que não possuem registro de nascimentos também vivenciam um acentuado risco de apatridia. Crianças que não possuem documentos comprovando o seu nome, idade ou origem e que se separam dos pais ou são abandonadas durante a fuga de um conflito, dificilmente conseguem ser reunidas com a família e acabam permanecendo anônimas e, por conseguinte, apátridas *de facto*. O registro de nascimento, por sua vez, apesar de não necessariamente conferir uma nacionalidade, é uma prova da existência e identidade da criança, bem como da sua ligação com um determinado Estado – que em caso de apatridia pode ser chamado a assumir a responsabilidade por ela.²²¹

Os fenômenos migratórios recentes, por sua vez, fizeram emergir novas situações de apatridia *de facto*, colocando indivíduos em limbos jurídicos e falta de proteção porque não conseguem comprovar a sua identidade ou retornar ao seu país, por diversos motivos.

²¹⁹ Ver o Artigo 1º da “Convenção da Organização da Unidade Africana que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados na África” de 1969; e a Terceira Conclusão da “Declaração de Cartagena” de 1984.

²²⁰ VAN WAAS, *Op. cit.*, 2008, p. 44.

²²¹ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Under the radar and under protected: the urgent need to address stateless children’s rights**. Junho, 2012. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/514acd3e2.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2014.

É possível que uma pessoa não consiga comprovar a sua identidade simplesmente porque ela nunca foi registrada em seu país de nacionalidade, porque os procedimentos eram custosos, complexos, inacessíveis ou ignorados por parcelas da população.²²²

A dificuldade em provar a nacionalidade pode decorrer também da destruição ou perda dos registros de nascimento de determinadas pessoas, em razão de guerras civis que destruíram cartórios ou pela “limpeza étnica administrativa”. Este último foi o caso da Eslovênia que, em 1992, apagou os registros de residentes romenos para evitar que eles adquirissem a nacionalidade do novo Estado esloveno.²²³

Outra situação bastante comum, especialmente em se tratando de imigrantes em situação irregular, vítimas de tráfico de seres humanos e vítimas de contrabando, é a dificuldade de provar a sua identidade porque a viagem foi feita com documentos falsos ou porque seus documentos originais foram perdidos, destruídos ou tomados por terceiros no processo do deslocamento.²²⁴

Veja-se, a princípio, a situação das vítimas de tráfico de seres humanos. Comumente, mulheres que foram traficadas para exploração sexual têm seus documentos confiscados pelos traficantes ou donos de bordéis e, ao serem identificadas no país de destino, muitas acabam detidas indefinidamente por não conseguirem provar a sua nacionalidade e, por conseguinte, o país para o qual podem ser devolvidas.²²⁵ Essas mulheres que não conseguem recuperar seus documentos de identidade acabam sem qualquer assistência diplomática e, além disso, seus filhos nascidos no país para onde foram traficadas ainda correm risco de apatridia em razão da sua situação irregular e da impossibilidade de comprovar a nacionalidade materna.²²⁶

A dificuldade em provar a nacionalidade, no entanto, também pode decorrer de uma postura do Estado, que é incapaz ou não quer colaborar no processo de identificação dos seus nacionais, seja porque não possui capacidade institucional para levar adiante as investigações necessárias, seja porque simplesmente não quer cooperar.²²⁷

O Comitê Executivo do ACNUR já se manifestou a respeito do tema na Conclusão n. 96 sobre o “Retorno de pessoas que não necessitam de proteção internacional”, conclamando os Estados a cooperar ativamente, através de seus postos diplomáticos e consulares, com a identificação das pessoas que, presumivelmente, são seus nacionais e, portanto, possuem um

²²² MASSEY, *Op. cit.*, 2010, p. 41.

²²³ WEISSBRODT, *Op. cit.*, 2006, p. 264.

²²⁴ MASSEY, *Op. cit.*, 2010, p. 42-43.

²²⁵ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **UNHCR's activities in the Field of statelessness: progress report**. Standing Committee 21st meeting. 30 maio 2001. EC/51/SC/CRP.13.

²²⁶ WEISSBRODT, *Op. cit.*, 2006, p. 263-264.

²²⁷ MASSEY, *Op. cit.*, 2010, p. 44.

direito de retorno. A Conclusão também invoca a Convenção da Aviação Civil Internacional para recordar os Estados de que eles possuem uma obrigação de fornecer documentos de viagem aos seus nacionais, em um período razoável.²²⁸

As últimas hipóteses destacadas tratam do caso de pessoas que possuem um vínculo de nacionalidade com um Estado, mas que sofrem todas as privações de direitos como se apátridas fossem, em razão da impossibilidade de comprovarem a existência daquele vínculo. Este seria, portanto, um caso explícito de recusa de proteção, que pode ocorrer tanto por uma ação quanto por uma omissão estatal, e que desemboca em uma manifesta situação de apatridia *de facto*.

Haverá casos em que o solicitante possui a nacionalidade de um país perante o qual ele alega não possuir fundado temor, mas essa nacionalidade pode ser considerada ineficaz, uma vez que não garante a proteção normalmente assegurada aos nacionais. Nessas circunstâncias, a posse de uma segunda nacionalidade não seria incompatível com a condição de refugiado. [...] Como regra geral, antes de se determinar que uma dada nacionalidade é ineficaz, deve haver a recusa a um pedido de proteção anterior. Não havendo uma recusa explícita de proteção, a ausência de uma resposta dentro de um prazo razoável pode ser considerada como uma recusa.²²⁹

Os migrantes em situação irregular estão igualmente suscetíveis à apatridia pelos motivos acima identificados. Entretanto, o risco é ainda mais acentuado em razão de outros fatores. Primeiro, a depender da legislação do seu país de nacionalidade, é possível que o migrante esteja suscetível ao cancelamento da sua nacionalidade em razão da fixação de residência no exterior por período prolongado, ou por estar ausente do território no momento de uma sucessão de Estados.²³⁰

O aspecto crucial, no entanto, é que, em razão da sua entrada ou estadia irregular em território estrangeiro, o migrante pode ser impedido de acessar qualquer mecanismo de regularização do Estado de residência – tanto de naturalização quanto de registro dos filhos, que acabam sendo vítimas de políticas formais ou informais que impedem o acesso aos

²²⁸ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Conclusion On The Return Of Persons Found Not To Be In Need Of International Protection**. Comitê Executivo. Sessão 54. Conclusão 96 (LIV), 2003.

²²⁹ *Idem*. **Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado**. p.23.

Disponível em:

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/Manual_de_procedimentos_e_criterios_para_a_determinacao_da_condicao_de_refugiado>. Acesso em: 10 jun. 2014.

²³⁰ VAN WAAS, *Op. cit.* 2008, p. 167.

registros de nascimento. A penalização administrativa pela entrada ou estadia irregular se perpetua no tempo, obstando até mesmo a sua regularização como apátrida.²³¹

Uma derradeira forma de apatridia *de facto* contemporânea, e que será analisada mais a fundo no Capítulo 3, é a das pessoas que estão fora do seu país de nacionalidade, possuem documentos de identidade válidos, não há dúvidas em relação à sua nacionalidade, mas que se encontram impedidas de retornar ao seu país de nacionalidade em razão de restrições impostas pelo Estado.

Ainda que estas pessoas gozem de assistência consular ou diplomática do seu país de nacionalidade em seu local de residência, elas se tornam apátridas *de facto* na medida em que não podem retornar para o único país onde podem exercer plenamente todos os seus direitos.

Atualmente, um grande contingente de cubanos padece numa condição de apátrida *de facto* por haver deixado Cuba sem autorização ou por ter excedido o tempo de estadia permitida no exterior. Este grupo, dos emigrados cubanos, ainda ostenta a nacionalidade cubana, tem acesso aos serviços consulares do país, porém, perdeu os direitos de residência na ilha e foi proibida de retornar. Esta população encontra-se, portanto, indefinidamente em um limbo jurídico, sobretudo aqueles que não conseguem obter um status migratório regular no país de residência.

Este seria, assim, um caso contemporâneo clássico de apatridia *de facto*, não havendo no direito internacional uma solução jurídica claramente adequada e específica a solucionar a lacuna de proteção dos direitos humanos destes cubanos emigrados. O próximo capítulo, portanto, se dedicará ao estudo aprofundado desta questão.

²³¹ *Ibidem*, p. 167-171.

3 CIDADÃOS AO LÉU: ESTUDO DE CASO SOBRE A APATRIDIA *DE FACTO* DOS EMIGRANTES CUBANOS PRIVADOS DO DIREITO DE RETORNAR

3.1 Introdução

Nos capítulos anteriores foram apresentadas algumas premissas que governam a relação dos Estados com os indivíduos que com eles guardam um vínculo de nacionalidade. Apesar das tensões que permeiam a relação dos Estados com a interferência do direito internacional no campo da nacionalidade, o atual estágio de desenvolvimento das relações e ordem jurídica internacionais demonstra que aquele já não é um campo de domínio reservado dos Estados, onde a soberania impera de maneira irrestrita.

A definição dos critérios através dos quais a nacionalidade será conferida, entretanto, é um fator que permanece, em grande medida, na esfera de autonomia dos Estados. Por não haver uma coordenação entre as entidades soberanas nesta matéria, fatalmente, algumas pessoas acabam ficando de fora do círculo privilegiado daqueles cujo nascimento implica a aquisição imediata de uma nacionalidade. É até possível que, ao longo da vida, essas pessoas acabem adquirindo uma nacionalidade, esquivando-se dos efeitos nefastos da apatridia. No entanto, para aquelas que jamais adquiriram, ou que perderam posteriormente a nacionalidade que detinham, vimos que o destino é uma existência invisível e desprovida de direitos.

Cientes dos problemas acarretados pela apatridia, os Estados se reuniram sob os auspícios da Organização das Nações Unidas para construir um regime de proteção internacional aos apátridas. O acordo, porém, restringiu-se à concessão de alguns direitos apenas àquelas pessoas que não possuíam um vínculo formal de nacionalidade com qualquer Estado.

Ainda que este não seja um problema tão recente – e já existente à época em que foram celebradas as Convenções de 1954 e 1961 sobre apatridia –, pessoas que possuíam um vínculo formal de nacionalidade, mas que de nada lhe servia porque não podiam contar com uma proteção nacional efetiva, os apátridas *de facto*, permaneceram excluídas do sistema de proteção internacional.

Contemporaneamente, com a intensificação dos processos migratórios em todo o mundo, vemos uma multiplicação desenfreada de casos de pessoas que, aparentemente, não pertencem a lugar nenhum. Apenas aparentemente porque, na realidade, sabe-se que elas possuem um vínculo formal de nacionalidade com algum Estado – mas identificá-lo pode ser uma tarefa difícil. O Estado pode estar praticando uma omissão proposital em relação ao seu cidadão, negando-se a reconhecê-lo como seu nacional – apesar de o vínculo de nacionalidade já ter sido estabelecido no passado, sem qualquer processo posterior de perda oficial – ou mesmo encontrar-se plenamente impossibilitado de oferecer qualquer proteção por motivos de guerra, por exemplo – caso em que, em geral, a solução da proteção do refúgio provavelmente seria aplicável.

Conforme apresentado linhas atrás, a apatridia *de facto* deflui justamente de situações em que, mesmo presente o vínculo formal de nacionalidade, a pessoa não consegue acessar nenhuma forma de proteção estatal, ficando condenada a um limbo jurídico quando em terras estrangeiras. Trata-se de pessoas que possuem uma nacionalidade, mas este vínculo não é efetivo em matéria de concretização dos direitos mais fundamentais.

Neste contexto, a situação dos emigrados cubanos, que o presente trabalho se propôs a estudar, é bastante peculiar. Neste caso, temos indivíduos sobre os quais não há dúvidas sobre a sua nacionalidade. O próprio Estado cubano reconhece o vínculo, e o indivíduo reafirma-o. No entanto, em razão de violações à legislação migratória do país, que restringe o direito de saída dos seus nacionais, este indivíduo é proibido de retornar. A situação torna-se mais complexa pelo fato de que, em que pese o banimento, os cubanos emigrados podem contar com certa medida de proteção consular e diplomática do seu país, para, por exemplo, renovar seus passaportes. O direito de residência, contudo, é cassado e, a menos que adquira outra nacionalidade ou um status migratório regular num país estrangeiro, o cidadão cubano encontra-se fadado a uma vida de não pertencimento a lugar algum.

Este derradeiro capítulo, portanto, irá perquirir qual seria o conteúdo mínimo do instituto da nacionalidade e de que forma a restrição a esse conteúdo provoca situações de apatridia *de facto*. Ultrapassada esta premissa, o estudo será aprofundado com a análise da

legislação migratória de Cuba dos anos 1970 até os dias atuais, após a última reforma promovida em 2013, a fim de verificar até que ponto o Estado caminha para a resolução da situação de milhares de cubanos que não podem retornar para casa.

3.2 Conteúdos da nacionalidade: a interlocução entre o direito de retorno e a apatridia *de facto*

Vige na doutrina o jargão de que a nacionalidade seria o “direito a ter direitos”. Neste momento, portanto, importa perquirir o que seria, substancialmente, este direito que antecede todos os demais.

No primeiro capítulo, vimos que o direito a constituir um vínculo de nacionalidade é regulamentado pelas ordens estatais, que estabelecem seus critérios *jus sanguinis*, *jus soli* ou *jus domicili*, sempre atentos às normas e princípios gerais de direito internacional sobre o tema. Os direitos que um ser humano possui, por outro lado, estão largamente propalados em dezenas de tratados sobre direitos humanos. O que, no entanto, preenche o hiato entre adquirir uma nacionalidade formal e partir para o exercício de outros direitos? Quais direitos integram essa fonte primária de direitos, o “direito a ter direitos”?

Sendo a nacionalidade um instituto que transita entre as ordens jurídicas doméstica e internacional, ambas as ordens podem responder à pergunta sobre qual seria o conteúdo daquele vínculo. As legislações internas dos Estados, evidentemente, possuem inúmeras fórmulas próprias para preencher o direito da nacionalidade. O que interessa ao presente trabalho, no entanto, é identificar quais seriam os parâmetros comuns e imperativos mínimos do conteúdo da nacionalidade, que de tão basilares para o instituto evocam a proteção e interferência do direito internacional.

Para Laura van Waas, existem dois direitos fundamentais intrinsecamente relacionados ao conteúdo da nacionalidade: o direito de residência no território do Estado com o qual se mantém o vínculo de nacionalidade e o direito de participar nos assuntos deste Estado.²³²

Iniciar a análise com a definição proposta pela autora será útil para que se afaste, desde logo, uma associação indevida, mas comumente feita, entre nacionalidade e direitos políticos. As razões para tanto são simples. Em regimes totalitários e ditatoriais, em que a participação política e em qualquer assunto público do Estado é suspensa ou restringida, ou

²³² VAN WAAS, *Op. cit.*, 2005, p. 219.

em sistemas onde as mulheres não possuem direitos políticos, o vínculo de nacionalidade costuma permanecer intacto. A menos que o Estado promova desnacionalizações em massa, em regra, os indivíduos que tem seus direitos de participação política, associação ou expressão completamente restringidos, não necessariamente se tornam apátridas. Isso quer dizer que os direitos políticos e de participação nos temas públicos são, na realidade, uma consequência do vínculo de nacionalidade, e não o seu próprio conteúdo. Possuir a nacionalidade é, na maioria dos ordenamentos jurídicos, um pré-requisito para exercer os direitos políticos, o que não significa que a supressão eventual destes direitos implique o esvaziamento ou cancelamento da nacionalidade.

Ultrapassada esta premissa, passaremos à análise do segundo conteúdo proposto pela autora, o direito de residência no território do Estado do qual o indivíduo é um nacional. Para tanto, propõe-se retomar uma reflexão inicial sobre qual é o objetivo de se traçar uma linha separatista entre os nacionais e os não nacionais.

Além do que já foi discutido no Capítulo 1 em relação à própria existência material do Estado - que precisa se manifestar na sua dimensão pessoal por pessoas que lhes são leis -, a existência da nacionalidade também se volta a determinar quem são os indivíduos que participarão da divisão e distribuição dos bens que um Estado tem a oferecer.

Considerando-se que todo indivíduo precisa existir em um plano físico e que praticamente toda a superfície terrestre foi dividida entre os Estados existentes, a vida civil dos seres humanos sempre ocorrerá no território de um Estado. Se ele não foi especialmente designado para participar da divisão dos bens do Estado no qual ele se encontra fisicamente presente, ele certamente viverá cercado de limitações. Por outro lado, se ele foi oficialmente incluído na divisão destes bens – sendo reconhecido como um nacional do Estado -, ele provavelmente terá um acesso bastante amplo àqueles bens, restringido apenas pelas limitações do que o próprio Estado tem a oferecer.

Conclui-se, assim, que, numa sociedade internacional estatocêntrica, o exercício pleno dos direitos de um indivíduo é feito através de um diálogo contínuo com o Estado com o qual estabeleceu um vínculo de nacionalidade. Este diálogo, por sua vez, será otimizado ao máximo se o indivíduo puder se colocar o mais próximo possível do Estado – em seu território, onde os bens que interessam ao indivíduo estão localizados.

Por esses motivos, entende-se que o único direito realmente essencial à própria razão de ser da nacionalidade é o direito de residência no território do Estado com o qual o vínculo é mantido.

Neste ponto, concorda-se com Paul Weis quando o autor afirma que o elemento inerente ao conceito de nacionalidade é o direito de residir no território do Estado de nacionalidade e, por outro lado, o dever do Estado de conceder esse direito e autorizar que seus nacionais residam em seu território.²³³

Segundo o autor, apesar de o direito de residência em um território ser, em princípio, governado pelo ordenamento jurídico doméstico, a questão passa a ser relevante para o direito internacional a partir do momento em que interfere nas relações entre os Estados.

Se cada indivíduo deve estar presente fisicamente em um território, o Estado que, por exemplo, expulsa ou se recusa a permitir o retorno de seus nacionais acaba obrigando outro Estado soberano a suportar a presença de um estrangeiro com o qual ele não tem, em regra²³⁴, qualquer obrigação de concessão de residência em seu próprio território. Esta ação consistiria, neste sentido, em uma violação à soberania dos outros Estados, na medida em que interfere na sua supremacia territorial.²³⁵

A obrigação de readmitir seus nacionais também defluiria do princípio da reciprocidade. Pressupõe-se que cada Estado deve cuidar, no mínimo, dos seus próprios nacionais. Enquanto estes nacionais estão no exterior, no território de outro Estado, seu Estado de nacionalidade tem o direito, quando necessário, de exercer sua proteção diplomática em favor daquele nacional, quando o Estado de residência pratica atos que violam o direito dos nacionais do primeiro. Aquele último, por outro lado, pelo princípio da reciprocidade, e para preservar um direito seu, teria o direito de requerer o retorno dos estrangeiros que, por razões válidas, não quer manter em seu território.²³⁶

Daí defluiria a regra, identificada por Rezek como um costume internacional, da proibição ao banimento, segundo a qual um Estado não pode expulsar seu nacional a um país estrangeiro ou um espaço comum, devendo, ainda, receber o seu nacional, aceitando o seu retorno, em qualquer circunstância.²³⁷

Seguindo a lógica acima delineada, a expulsão dos próprios nacionais é um abuso do poder discricionário dos Estados e viola o direito internacional porque cria uma obrigação

²³³ WEIS, *Op. cit.*, 1956, p.49.

²³⁴ A regra geral de que um Estado não é obrigado a aceitar em seu território qualquer estrangeiro pode ser excepcionada pelas hipóteses de aplicação imperativa do princípio do *non-refoulement*, contido nos seguintes tratados internacionais: Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados, Artigo 33; Convenção Americana de Direitos Humanos, Artigo 22.8 e 22.9; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984, Artigo 3; Quarta Convenção de Genebra, Artigo 45; Declaração Sobre a Proteção de Todas as Pessoas Contra os Desaparecimentos Forçados de 1992, Artigo 8; Princípios Relativos a uma Prevenção Eficaz e à Investigação das Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias e Sumárias, Princípio 5.

²³⁵ *Ibidem*, p. 50-51.

²³⁶ HAILBRONNER, *Op. cit.*, 2006, p.79.

²³⁷ REZEK, *Op. cit.*, 1986, p. 356.

para os demais Estados de autorizar a residência de um estrangeiro em seu território, representando uma ingerência na sua jurisdição doméstica sem que haja, em contrapartida, qualquer razão válida para isso.

A preocupação com a soberania territorial dos Estados é tamanha que, na hipótese de um indivíduo que é desnacionalizado por ato unilateral do Estado após deixar o seu país de nacionalidade, Paul Weis defende que o Estado com o qual teve seu último vínculo de nacionalidade tem o dever de readmiti-lo em seu território, caso o indivíduo seja expulso de outro Estado. Isso porque, o Estado que admitiu aquele indivíduo, nacional de outro país no momento da sua admissão, agiu de boa fé, acreditando que ainda existiria um Estado com a obrigação de recebê-lo de volta, e estaria, portanto, sendo traído pelo Estado que desnacionaliza este indivíduo.²³⁸

Ao alcançar este nível da discussão, depreende-se que o direito de residência se desdobra, portanto, em uma segunda garantia: o direito de retorno ao próprio país. Os parâmetros mínimos deste direito encontram-se explicitamente consolidados ao lado dos direitos de residência e de saída do próprio país no artigo 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e no artigo 12 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966²³⁹, respectivamente transcritos:

Artigo 13

1. Toda pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado.
2. 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.²⁴⁰

Artigo 12

1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado terá o direito de nele livremente circular e escolher sua residência.
2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país.
3. Os direitos supracitados não poderão constituir objeto de restrição, a menos que estejam previstas em lei e no intuito de proteger a segurança nacional e a ordem, a saúde ou a moral pública, bem como os direitos e liberdades das demais pessoas, e que sejam compatíveis com os outros direitos reconhecidos no presente pacto.
4. Ninguém poderá ser privado arbitrariamente do direito de entrar em seu próprio país.²⁴¹

²³⁸ WEIS, *Op. cit.*, 1956, p. 55-56.

²³⁹ A seguir denominado “Pacto de 1966”.

²⁴⁰ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA DIREITOS HUMANOS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez. 1948. Disponível em:

<<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

²⁴¹ *Idem*. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. 19 dez. 1966. Disponível em:

<<http://acnudh.org/pt-br/1966/12/pacto-internacional-sobre-direitos-civis-e-politicos/>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

Voltar para casa é um ato extremamente banal na vida de muitas pessoas. Retornar ao seu próprio país, por sua vez, é tão trivial e parte do cotidiano dos seres humanos que o direito de retorno, enquanto conceito jurídico, recebeu pouca atenção historicamente, tendo a sua afirmação sido feita, de maneira geral, a partir da prática dos Estados.²⁴²

É comum, portanto, partir do perigoso pressuposto de que se está tratando de uma obviedade. As discussões preparatórias para a elaboração do Pacto de 1966 são, por exemplo, um símbolo deste vício. Veja-se que os artigos supramencionados falam em um direito de retorno ao “próprio país”, expressão que pode dar margem a questionamentos sobre se este país seria o de nacionalidade do indivíduo ou, numa interpretação mais ampla, outros países com o qual ele possui vínculos. Durante as discussões para a elaboração do Pacto, parecia tão óbvio aos Estados participantes que os nacionais tinham o direito de retornar ao seu país de nacionalidade que prevalecia um consenso geral de que o termo “próprio país” indicaria, no mínimo, o país de nacionalidade. A única razão pela qual não consignaram esse nível de especificidade no tratado foi porque alguns Estados afirmaram que suas legislações domésticas contemplam hipóteses de direito de retorno de estrangeiros.²⁴³

Afirmar juridicamente o direito de retorno, no entanto, é crucial para a efetiva proteção deste direito. A falsa ideia de que, por se tratar de tamanha obviedade não haveria necessidade de confrontar o seu conteúdo jurídico, nos leva a fechar os olhos para situações anômalas como aquela que ocorre com os emigrados cubanos, proibidos de retornar ao seu próprio país.

A doutrina interpreta que o direito de retorno ao próprio país compreende três facetas: o direito de permanecer no próprio país, o direito de retornar após sair do próprio país e o direito de ingressar pela primeira vez no país se o indivíduo nasceu fora do seu Estado de nacionalidade.

²⁴² MALLISON, W. Thomas; MALLISON, Sally V. **The right of return**. In: UNITED NATIONS. An International Law Analysis of the Major United Nations Resolutions Concerning The Palestine Question. Disponível em: <<http://www.palestine-studies.org/enakba/legal/Mallison,%20The%20Right%20of%20Return.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2014. p. 125.

²⁴³ LIU, Guofu. **The Right to Leave and Return and Chinese Migration Law**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007. p. 85-86. Apesar de a doutrina ainda debater se o país mencionado pelos instrumentos internacionais seria apenas o país de nacionalidade ou se caberia uma interpretação ampliada para abarcar o país de residência habitual de um estrangeiro ou apátrida, não há razão para adentrar nos pormenores dessa discussão no curso deste trabalho. No caso dos cubanos, estamos falando de pessoas que obviamente são nacionais do país ao qual foram proibidas de retornar. Logo, o foco da discussão será justamente a afirmação do direito de retorno dos nacionais. Para maiores detalhes sobre a discussão ver: INGLÉS, José D. Study of discrimination in respect of the right of everyone to leave any country, including his own, and to return to his country. Relator Especial da Subcomissão sobre a Prevenção à Discriminação e Proteção das Minorias. Nova York, 1963. E/CN.A/Sub.2/229/Rev.1.; HANNUM, Hurst. The right to leave and return in International Law and Practice. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1978; PLENDER, Richard. International Migration Law. Rev. 2 ed. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

Para além das disposições trazidas pelos tratados de abrangência global, acima referidos, o direito de retorno teve seu conteúdo desenvolvido em inúmeros outros tratados globais e regionais.

No âmbito global, o direito de retorno é confirmado em tratados de amplíssima adesão, como na Convenção sobre os Direitos das Crianças²⁴⁴, ratificada por 194 Estados²⁴⁵ e nas Convenções de Genebra de 1949²⁴⁶, ratificadas por 195 Estados²⁴⁷ - nesta última, traduzido como direito à repatriação.

Na América Latina, a Convenção de Havana de 1928 sobre as Condições dos Estrangeiros consolidou indiretamente o direito de retorno em seu artigo 6º, dispondo que “os Estados podem, por motivo de ordem ou segurança pública, expulsar o estrangeiro domiciliado, residente ou simplesmente em trânsito pelo seu território; os Estados estão obrigados a receber os nacionais que, expulsos do estrangeiro, se dirijam ao seu território”²⁴⁸.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por sua vez, abarca a previsão daquele direito tanto na Declaração²⁴⁹ quanto na Convenção Americana de Direitos Humanos²⁵⁰. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao se pronunciar sobre tema,

²⁴⁴ “Artigo 10. 1 – De acordo com obrigação dos Estados Partes estipulada no parágrafo 1 do Artigo 9, toda solicitação apresentada por uma criança, ou por seus pais, para ingressar ou sair de um Estado Parte, visando à reunião de família, deverá ser atendida pelos Estados Partes de forma positiva, humanitária e rápida. Os Estados Partes assegurarão, ainda, que a apresentação de tal solicitação não acarrete consequências adversas para os solicitantes ou para seus familiares. 2 – A criança cujos pais residam em Estados diferentes terá o direito de manter, periodicamente, relações pessoais e com contato direto com ambos, exceto em circunstâncias especiais. Para tanto, e de acordo com a obrigação assumida pelos Estados Partes em virtude do parágrafo 2 do Artigo 9, os Estados Partes respeitarão o direito da criança e de seus pais de sair do país, inclusive do próprio, e de ingressar no seu próprio país. O direito de sair de qualquer país estará sujeito, apenas, às restrições determinadas pela lei que sejam necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades de outras pessoas, e que estejam de acordo com os demais direitos reconhecidos pela presente Convenção.”

²⁴⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations Treaty Collection**: Chapter IV, Human Rights. Convention on the rights of the child. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en>. Acesso em: 22 jun. 2014.

²⁴⁶ Ver os seguintes dispositivos das Convenções de Genebra de 1949: Convenção I, artigos 5 e 63; Convenção II, artigo 62; Convenção III: artigos 5, 30, 46-48, 109-119, 142; Convenção IV: 6, 36, 45, 134, 158.

²⁴⁷ COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Annual Report 2013**. Disponível em: <<http://www.icrc.org/eng/assets/files/annual-report/current/icrc-annual-report-map-conven-a3.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2014. P. 610-611.

²⁴⁸ Tradução livre. Original em espanhol: “Artículo 6º. Los Estados pueden, por motivo de orden o de seguridad pública, expulsar al extranjero domiciliado, residente o simplemente de paso por su territorio. Los Estados están obligados a recibir a los nacionales que, expulsados del extranjero, se dirijan a su territorio.” BRASIL. **Decreto 18.956 de 22 de outubro de 1929**: Promulga seis convenções de direito internacional público, aprovadas pela Sexta Conferência Internacional Americana. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18956-22-outubro-1929-549004-publicacaooriginal-64267-pe.html>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

²⁴⁹ “Artigo 8º. Toda pessoa tem direito de fixar sua residência no território do Estado de que é nacional, de transitar por ele livremente e de não abandoná-lo senão por sua própria vontade.”

²⁵⁰ “Artigo 22 - Direito de circulação e de residência. 1. Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado tem o direito de nele livremente circular e de nele residir, em conformidade com as disposições

salientou que disposições que restringem o direito de retorno, como no caso cubano, impactam outros direitos essenciais ao ser humano, como o direito à vida familiar. Além disso, restrições à liberdade de circulação estimulam o tráfico de pessoas e trazem consigo os riscos associados à migração irregular. Deste modo, na opinião da Comissão, tais restrições são contrárias aos parâmetros internacionais sobre o direito de livre circulação.²⁵¹

Ainda no âmbito regional, a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos²⁵² e o Protocolo n. 4 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais²⁵³ consignam, igualmente, o direito de retorno ao território de que é nacional.

Apesar de não vinculantes, outras normas complementares de afirmação e interpretação do direito de saída e retorno são a Minuta de Princípios da ONU sobre o Direito de Saída e Retorno de 1963; a Declaração de Uppsala de 1972; a Declaração de Strasbourg de 1986; o Comentário Geral N. 27 do Comitê de Direitos Humanos da ONU sobre a Liberdade de Movimento (Artigo 12) e as Conclusões sobre Proteção Internacional n. 77 e 79 do Comitê Executivo do ACNUR.

Merece destaque o Comentário Geral n. 27 elaborado pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, que traça as diretrizes basilares de interpretação do Artigo 12 do Pacto de 1966, as quais têm servido de ponto de partida para o debate em torno da amplitude do direito individual de saída e retorno ao país de nacionalidade.

Para o Comitê, a liberdade de movimento é uma condição indispensável ao desenvolvimento do ser humano e desdobra-se em três direitos fundamentais. O primeiro deles seria o direito do indivíduo de escolher o seu local de residência livremente nos limites do território do seu Estado de nacionalidade. Corolário deste direito, portanto, seria a constatação de que a presença do nacional em seu próprio Estado nunca pode ser considerada

legais. 2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país. 3. O exercício dos direitos supracitados não pode ser restringido, senão em virtude de lei, na medida indispensável, em uma sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas. 4. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivo de interesse público. 5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional e nem ser privado do direito de nele entrar.”

²⁵¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe Anual 2012.**

OEA/Ser.L/V/II.147. Doc. 1. 05 mar. 2013. Disponível em:

<<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2012/indice.asp>>. Acesso em: 21 jun. 2014. p.341-342.

²⁵² “Artigo 12.º 1. Toda a pessoa tem direito de circular livremente e de escolher a sua residência no interior de um Estado, sob reserva de se conformar às regras prescritas na lei. 2. Toda a pessoa tem direito de sair de qualquer país, incluindo o seu, e de regressar ao seu país. Este direito só pode ser objeto de restrições previstas na lei, necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moralidade pública.”

²⁵³ “Artigo 3º. Proibição da expulsão de nacionais. 1. Ninguém pode ser expulso, em virtude de disposição individual ou coletiva, do território do Estado de que for cidadão. 2. Ninguém pode ser privado do direito de entrar no território do Estado de que for cidadão.”

ilegal.²⁵⁴ O segundo direito seria o de deixar qualquer país, inclusive o seu próprio, de maneira livre de condicionantes, como ter um motivo específico ou período de tempo determinado. Este direito está intrinsecamente relacionado com o direito de obtenção de documentos de viagem, já que sem estes, aquele não se realiza.²⁵⁵

O terceiro direito fundamental derivado da liberdade de movimento seria o direito do indivíduo de retornar ao seu próprio país, o que engloba o direito de retornar após deixar o país e de ingressar pela primeira vez no país, caso a pessoa seja seu nacional, mas tenha nascido em território estrangeiro.

Os direitos do artigo 12 não são, contudo, absolutos. O item 3 se refere à possibilidade de efetuar restrições em circunstâncias excepcionais, que visem a assegurar a proteção da segurança nacional, ordem, moral e saúde públicas, bem como os direitos e liberdades de outros indivíduos. No entanto, é fundamental atender para o fato de que a redação do item dispõe que “os direitos “supracitados” – que são apenas os direitos de residência e de saída do país - comportam as restrições já mencionadas. Uma interpretação sistemática dos itens, indica, portanto, que a inclusão de um item 4 após a menção às restrições objetivou que o direito de retornar ao próprio país não comportasse aquelas restrições.

No entanto, mesmo o item 4 fala que ninguém poderá ser “privado arbitrariamente” daquele direito, abrindo espaço para a inferência de que, talvez, por razões válidas, uma pessoa poderia ter este direito limitado.

Sobre este ponto, a posição do Comitê foi cautelosa, limitando-se a dispor que devem existir poucas, ou até nenhuma, restrições ao direito de retorno ao próprio país, não tendo afirmado peremptoriamente a impossibilidade de impor-lhe restrições.²⁵⁶

Retornando aos trabalhos preparatórios que antecederam a celebração do Pacto de 1966, conclui-se que o termo “arbitrariamente” foi inserido para evitar que países utilizassem a pena de exílio sem que houvesse previsão legal para tanto. À época, um pequeno grupo de Estados previa em suas respectivas legislações a pena de exílio, de modo que uma proibição absoluta a qualquer restrição ao direito de retorno não era do interesse destes Estados participantes. Sendo assim, a previsão do item 4 objetivava evitar a aplicação da pena de

²⁵⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos – **CCPR General Comment N. 27: Article 12 (Freedom of Movement)**. 02 Novembro 2009. CCPR/C/21/Ver.1/Add.9. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/45139c394.html>>. Acesso em: 20 jun. 2014. Parágrafos 04-07.

²⁵⁵ *Ibidem*, Parágrafos 08-09.

²⁵⁶ *Ibidem*, parágrafo 21.

exílio sem que houvesse respeito ao princípio da legalidade e somente nos casos em que fosse imposta por uma sentença judicial.²⁵⁷

De fato, em um sistema jurídico no qual a expulsão dos próprios nacionais e a punição com o exílio são proibidas, é difícil conceber situações em que um cidadão poderia ser indefinidamente privado do direito de retornar ao seu país. A Convenção Americana de Direitos Humanos²⁵⁸ e o Protocolo n. 4 da Convenção Europeia de Direitos Humanos²⁵⁹, por exemplo, não mencionam qualquer termo que indique a possibilidade de excepcionar esse direito, denotando que ele é realmente absoluto.

Guofu Liu, no entanto, identifica apenas uma hipótese em que essa restrição poderia ocorrer: no caso das circunstâncias extremas descritas no Artigo 4º do Pacto de 1966, as quais não excepcionam restrições ao artigo 12 dentre aqueles que elenca como inderrogáveis²⁶⁰. Este dispositivo se refere a situações de emergência nacional, em razão de uma guerra ou ameaça de guerra, de uma emergência terrorista, de uma instabilidade política interna ou de desastre natural.²⁶¹

No entanto, as restrições aos direitos individuais neste contexto somente poderão ocorrer se obedecidos dois requisitos mínimos: a situação deve ameaçar a vida da nação e o estado de emergência deve haver sido oficialmente decretado. Com isso, busca-se preservar o Estado de direito e o princípio da legalidade nos momentos mais críticos, em que eles são mais necessários.²⁶² Ademais, a restrição deveria, necessariamente, ser temporária, acompanhando a excepcionalidade da situação.

²⁵⁷ AGTERHUIS, Sander. **The right to return and its practical application**. Aristotle University of Thessaloniki, 2005. Disponível em: <<http://prn.mcgill.ca/research/papers/agterhuis.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

²⁵⁸ “Artigo 22. 5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional e nem ser privado do direito de nele entrar”

²⁵⁹ “Artigo 3º. 2. Ninguém pode ser privado do direito de entrar no território do Estado de que for cidadão.”

²⁶⁰ “Artigo 4º. 1. Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados partes do presente Pacto podem adotar, na estrita medida exigida pela situação, medidas que suspendam as obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social. 2. A disposição precedente não autoriza qualquer suspensão dos artigos 6º, 7º, 8º (§§1º e 2º), 11, 15, 16 e 18. 3. Os Estados Partes do presente pacto que fizerem uso do direito de suspensão devem comunicar imediatamente aos outros Estados Partes do Presente Pacto, por intermédio do Secretário-Geral das Nações Unidas, as disposições que tenham suspenso, bem como os motivos de tal suspensão. Os Estados Partes deverão fazer uma nova comunicação, igualmente por intermédio do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, na data em que terminar tal suspensão.”

²⁶¹ LIU, *Op. cit.*, 2007, p. 90-91.

²⁶² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Human Rights Commission -**The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights**. 28 set. 1984. E/CN.4/1985/4. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4672bc122.html>>. Acesso em 27 jun. 2014.

Diante da multiplicidade de fontes normativas que impõem aos Estados a obrigação de respeitar e tomar as medidas necessárias para efetivar o direito de retorno dos seus nacionais, é muito provável e há uma forte tendência no sentido de que este direito pode haver galgado ao status de costume internacional. Ainda que assim não o fosse, seria igualmente possível afirmar que nenhum Estado poderia se esquivar de implementar aquele direito sob a escusa de que não se comprometeu com nenhum tratado a respeito. Até mesmo Cuba, que durante o longo governo de Fidel se opôs veementemente à adesão aos tratados sobre direitos humanos, é parte em alguns dos tratados acima apresentados²⁶³ e, por conseguinte, está obrigada a respeitar o direito de retorno dos seus nacionais.

Os direitos de retorno e residência de nacionais no território do seu respectivo Estado são elementos essenciais à nacionalidade. As pessoas que são proibidas de retornar ao seu país são obrigadas a vagar pelo mundo, sujeitas a todo tipo de repressão por parte das leis migratórias e penais dos Estados. O exílio é também sinônimo de inúmeras privações, a começar pelo convívio familiar, sendo também um ataque à identidade pessoal e coletiva do indivíduo, que é impedido de compartilhar experiências culturais, sociais e religiosas com aqueles que compõem o seu ambiente comunitário.²⁶⁴

Nota-se, assim, que, ao contrário do que ocorre com a maioria dos demais direitos humanos, cuja realização é geralmente satisfeita no território do Estado do indivíduo, os direitos de residência, saída e retorno ao próprio Estado se diferenciam pelo seu caráter extraterritorial. A violação do direito de retorno e residência em seu Estado, por conseguinte, sujeita o indivíduo a um risco de sofrer violações a diversos outros direitos fundamentais no território de um país estrangeiro.²⁶⁵ Se um indivíduo é proibido de retornar ao seu país de origem e se encontra indocumentado em um país com leis migratórias severas que, por exemplo, penalizam a imigração ou estadia irregular no país, ele certamente estará em risco de ficar detido indefinidamente até que um país aceite recebê-lo. Possuir uma nacionalidade nesta situação de nada lhe serve.

Neste ponto, cumpre retornar ao estudo produzido pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados sobre a apatridia *de facto* onde, em suas conclusões, o relator foi

²⁶³ Até o momento da conclusão deste trabalho, Cuba é parte nos seguintes instrumentos internacionais: Convenção de Genebra de 1949 e seu respectivo Protocolo Adicional I; Convenção sobre os Direitos da Criança; a Carta da ONU e, por conseguinte, a Declaração Universal dos Direitos Humanos; Declaração Americana de Direitos Humanos; Convenção de Havana de 1928; apesar de ser apenas signatária do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, Cuba participa do Comitê de Direitos Humanos em razão da ratificação de outros tratados sob a supervisão do comitê.

²⁶⁴ LIU, *Op. cit.*, 2007, p. 84.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 48.

categórico ao dispor que “pessoas que estão impedidas de retornar ao seu país de nacionalidade serão sempre apátridas *de facto*, mesmo que consigam, por outros meios, obter uma proteção parcial ou integral do país de residência”²⁶⁶. Se não dispõem do mínimo de proteção que é o direito de retornar e residir em seu país, de nada lhes serve fazer parte da dimensão pessoal deste Estado, pois o seu pertencimento é meramente virtual.

Diante da obviedade do direito de um nacional residir em seu próprio país, restrições como aquelas impostas pela legislação migratória de Cuba implicam, a princípio, grandes desafios ao direito internacional. Tentemos, no entanto, compreender os fundamentos e dispositivos desta legislação, a fim de perquirir a legitimidade dos seus propósitos diante das repercussões na proteção dos direitos humanos dos emigrados cubanos.

3.3 Fundamentos e antecedentes da política migratória cubana

Assim como diversos outros países do mundo, Cuba também sofreu, ao longo da história, a emigração de seus nacionais com destino a terras estrangeiras. Sua política migratória, no entanto, tornou-se motivo de preocupação do ponto de vista da proteção dos direitos humanos após a Revolução de 1959, quando foram tomadas medidas severas para controlar a saída e o retorno de seus nacionais ao Estado cubano.

A instauração do regime socialista de Fidel Castro, em pleno continente americano e a poucos quilômetros de distância da maior potência capitalista do mundo - em uma época de profunda polarização entre os Estados Unidos e a União Soviética -, deixou uma acentuada marca de politização em todos os assuntos públicos e privados da ilha. A política migratória, por conseguinte, não foi poupada enquanto instrumento de medidas políticas e econômicas do regime. Em razão disso, a análise da legislação e política migratória cubana será apresentada a partir das relações entre Cuba e Estados Unidos, de onde são retirados os fundamentos da legislação que, ainda atualmente, esvazia a cidadania dos nacionais cubanos, impedindo-os de retornar ao país após a saída sem autorização.

A emigração de cubanos em direção aos Estados Unidos existe desde o século XIX e em muitos períodos os seus motivos se assemelharam àqueles do pós-Revolução de 1959. Apesar das razões terem sempre sido eminentemente políticas, a proximidade da ilha com a Flórida e o fato de ali encontrarem um clima similar ao da sua terra natal também contribuíram para a escolha daquela região como refúgio, a princípio, temporário. A migração

²⁶⁶ MASSEY, *Op. cit.*, 2010, p. 65.

intensificou-se com o início da guerra de independência, em 1868, e a Flórida se tornou naquele momento um polo de resistência, fonte de apoio material aos insurgentes da ilha e local de acolhida dos refugiados cubanos.²⁶⁷

Os cubanos que migraram àquela época o fizeram para fugir da instabilidade política, mas com a intenção de um dia retornar ao país tão logo a situação política permitisse.²⁶⁸ Este padrão se manteve inalterado mesmo após a independência de Cuba. Com efeito, até a metade do século XX, outros grupos de cubanos buscaram refúgio nos Estados Unidos devido a turbulências políticas. Nas décadas de 1920 e 1930, estudantes e ativistas políticos contrários ao regime ditatorial do Presidente Gerardo Machado se refugiaram em Cuba, até as condições políticas se alterarem e eles serem substituídos pelos apoiadores do governo repressor e pelo próprio Presidente. Este mesmo ciclo de fuga para os Estados Unidos por razões políticas se repetiu outras vezes, conforme a alternância de poder esteve em curso.²⁶⁹

O triunfo da Revolução Cubana em 1959, no entanto, inaugurou um processo de emigrações mais permanentes rumo aos Estados Unidos. As razões para este fluxo, conforme pontuado anteriormente, estão intrinsecamente relacionadas com o processo revolucionário e com a postura dos Estados Unidos de encorajar a migração de cubanos após as mudanças políticas na ilha.

Evidentemente, os Estados Unidos não aceitaram a presença de um Estado comunista dentro da sua zona de influência e iniciaram uma campanha para desestabilizar o governo castrista. Muitas medidas foram adotadas, dentre elas o longo embargo econômico, do qual a política de estímulo à emigração cubana e concessão facilitada de refúgio é um dos pilares fundamentais, com objetivos bastante claros que iam além dos meramente humanitários: desestabilizar o regime extraindo-lhe seus profissionais mais capacitados e desacreditar o governo diante da fuga de milhares de cidadãos.²⁷⁰ A proposta era incitar a fuga de pessoas de um país comunista para um país capitalista, vendendo-se a ideia de que ali seriam livres e prósperos, e utilizando o fenômeno da migração massiva como uma poderosa ferramenta de propaganda contra os regimes comunistas.²⁷¹

Os programas lançados pelos Estados Unidos consistiam, basicamente, na concessão quase que automática de refúgio a todo cidadão cubano que chegava a solo americano,

²⁶⁷ MASUD-PILOTO, Felix. **From welcomed exiles to illegal immigrants: Cuban migration to the U.S., 1959-1995**. Estados Unidos da América: Rowman and Littlefield Publishers, 1996. p. 07-08.

²⁶⁸ *Idem*.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 11.

²⁷⁰ *Ibidem*, p.02.

²⁷¹ LAMRANI, Salim. **El lobby cubano en Estados Unidos de 1959 hasta nuestros días**. Disponível em: <<http://rebellion.org/docs/3255.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2014. p.31.

independentemente da comprovação dos requisitos clássicos e essenciais ao reconhecimento da condição de refugiado. Digno de nota que grande parte do continente americano encontrava-se assolada por regime ditatoriais e outros nacionais de diversos destes países buscaram refúgio nos Estados Unidos, sem que, contudo, nenhum outro grupo tenha se beneficiado do mesmo sistema de proteção.²⁷² Em 1966, o governo americano adotou o *Cuban Refugee Adjustment Act* segundo o qual, após um ano de residência nos Estados Unidos, cubanos poderiam obter de maneira ainda mais facilitada a residência permanente no país.²⁷³

Além da regularização migratória, o Estado americano proporcionava uma extensa ajuda financeira e acesso a serviços públicos através do *Cuban Refugee Program*, lançado em 1961. O programa consistia em uma articulação dos serviços de saúde, assistência, educação e trabalho, já disponíveis em Miami, de modo a assegurar que os cubanos teriam as suas necessidades básicas atendidas, paralelamente ao recebimento de um auxílio financeiro.²⁷⁴ A dimensão do empenho dos Estados Unidos em estimular a fuga de cubanos de um regime comunista para um sistema capitalista pode ser ilustrada a partir da estimativa de que, durante os quinze anos de duração do programa, o governo americano gastou em torno de um bilhão de dólares e auxiliou mais de 700.000 refugiados cubanos.²⁷⁵

A reação do Estado cubano à política estadunidense, por sua vez, variou conforme os seus próprios interesses políticos e econômicos.

Os grupos que emigraram imediatamente após a revolução de 1959 consistiam essencialmente em apoiadores de Fulgêncio Batista que se opunham a Fidel Castro, além de membros da elite econômica do país.²⁷⁶ Neste momento, portanto, a política de abertura das fronteiras americanas para cubanos favorecia os interesses de Castro na medida em que eliminava as elites políticas e econômicas que representavam uma ameaça à consolidação da revolução. A saída desses grupos de Cuba favoreceu uma transição menos conturbada e o

²⁷² *Ibidem*, p.33.

²⁷³ IMMIGRATION AND REFUGEE BOARD OF CANADA. **United States and Cuba: The US' Cuban Refugee Adjustment Act**, including whether Cubans who live in or transit the US before arriving in Canada are subject to the Act and, if so, how the Act is applied in practice; status granted to Cubans under the Act, including the length of time and related conditions; the definition of "paroled" in the Act; the relationship between the Act and the "wet foot/dry foot" policy in the US. 11 out. 2013, ZZZ104609.FE. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/52b17afe4.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

²⁷⁴ THOMAS, John F. **Cuban refugees in the United States**. *International Migration Review*, (Spring,1967), Vol. 1, No. 2. p.47-49.

²⁷⁵ LAMRANI, *Op. cit.*, 2014, p.33.

²⁷⁶ TRAVIESO-DIAZ, Matias F. **Immigration Challenges and Opportunities in a Post-Transition Cuba**, 16 *Berkeley J. Int'l Law*. 234 (1998). Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol16/iss2/5>>. Acesso em: 21 jun. 2014. p. 240.

regime castrista passou a se valer da flexibilidade das fronteiras dos Estados Unidos como forma de contornar, sempre que preciso, crises internas.²⁷⁷

Por outro lado, este também foi o período em que Cuba tentava consolidar a revolução e reconstruir o país. Os programas de assistência a cubanos refugiados nos Estados Unidos mostravam-se, entretanto, demasiado tentadores para os profissionais cubanos mais qualificados, que acabaram migrando em massa e drenando os “cérebros” cubanos, elemento vital para o soerguimento do país naquele momento.²⁷⁸

O problema da evasão dos poucos profissionais qualificados, aliado à Invasão da Baía dos Porcos em 1961 e à Crise dos Mísseis em 1962 resultou, dentre outras consequências, no rompimento das relações diplomáticas entre os países e na suspensão dos voos ligando Cuba aos Estados Unidos, o que passou a dificultar as emigrações para este último país. Neste momento, também, os Estados Unidos impuseram restrições à viagem de seus nacionais a Cuba, passando a exigir uma autorização prévia do seu Departamento de Estado, sob a alegação de que essas viagens seriam contrárias à política externa e interesses nacionais americanos.²⁷⁹

Em 1965, no entanto, Cuba abriu o porto de Camarioca para que exilados cubanos pudessem buscar os parentes que ainda residiam em Cuba. A medida foi seguida pela assinatura de um Memorando de Entendimento entre os países, autorizando que cubanos partissem em voos diários com destino aos Estados Unidos – os chamados “voos da liberdade”. Durante este período de flexibilização, emigraram em torno de 260.000 cubanos, até um novo fechamento das fronteiras ser decretado em 1973.²⁸⁰

A década de 1970 foi marcada por um apaziguamento das tensões entre Cuba e Estados Unidos, tendo a eleição presidencial de Jimmy Carter aprofundado os diálogos bilaterais em interesses recíprocos dos Estados. Internamente, por outro lado, Cuba consolidava institucionalmente a revolução, passando a fazer oficialmente parte do bloco

²⁷⁷ MASUD-PILOTO, *Op. cit.*, 1996, p. 02-03.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 03. A título ilustrativo, em 1959, Cuba possuía 6.286 médicos entre os seus nacionais. Destes, mais de três mil optaram por migrar para os Estados Unidos após a revolução e o lançamento do programa de assistência norte-americano. Ver: LAMRANI, Salim. **A reforma política migratória em Cuba**. Paris, 31 dez. 2012. Opera Mundi. Disponível em:

<<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/opiniaio/25185/a+reforma+da+politica+migratoria+em+cuba.shtml>>.

Acesso em: 21 jun. 2014.

²⁷⁹ HUMAN RIGHTS WATCH. **Families torn apart: the high cost of U.S. and Cuba travel restrictions**. October 2005, Vol.17, No. 5 (B). Disponível em: <<http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/cuba1005.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2014. p. 36.

²⁸⁰ TRAVIESO-DIAZ, *Op.cit.*, 1998, p. 241.

soviético, o que lhe proporcionou acesso ao comércio internacional e, conseqüentemente, maior prosperidade econômica.²⁸¹

Em 1976 Cuba promulga sua Lei de Migrações n. 1312 que, por um lado, acirra as restrições à liberdade de movimento dos cubanos, no que diz respeito à saída e retorno a Cuba. Paralelamente, no entanto, o Decreto n. 26 de 1978, que regulamenta o diploma legal migratório, traz como novidade a autorização para que cubanos que moravam no exterior pudessem visitar seus parentes na ilha, desde que seguidos alguns procedimentos burocráticos, evidentemente. Ambos os documentos serão pormenorizados no subitem a seguir.

Por ora, cumpre pontuar que a medida enquadra-se neste contexto de maior tranquilidade interna e externa de Cuba, que permitiu, inclusive, pela primeira vez desde a revolução de 1959, o início de diálogos com a comunidade cubana exilada. O processo de conversações resultou na liberação de alguns presos políticos e na referida autorização para que cubanos exilados pudessem visitar seus familiares na ilha.²⁸²

As visitas que chegaram entre 1978 e 1979 expuseram sinais de um padrão de vida bem sucedido no exterior, atijando aqueles que ficaram na ilha a se aventurar na potência capitalista. Como não podiam deixar o país livremente, em razão da recente legislação migratória, alguns cubanos se dirigiram à embaixada do Peru em busca de asilo político. Após alguns dias, 10 mil cubanos já haviam se enfileirado na porta da embaixada peruana. O episódio enfureceu o governo castrista, que optou por anunciar que a legislação que tornava ilegal a saída do país sem autorização estava suspensa e que todos os “vermes” que quisessem deixar Cuba poderiam fazê-lo.²⁸³

Era a primeira vez, desde a Revolução, que Cuba autorizava expressamente a saída de pessoas insatisfeitas com o seu governo, em lugar de simplesmente prendê-las, como vinha fazendo. Apesar de os motivos não terem sido explicitados pelo governo, haveria duas possíveis razões para tal atitude. Primeiro, após anos de repressão rígida aos opositores, autorizar a sua saída do país pouparia Cuba, no curto e longo prazo, de ter que lidar com manifestações populares contrárias ao governo. Segundo, o ato poderia ser uma tentativa de melhorar a sua imagem no âmbito internacional, no momento em que preocupações com os

²⁸¹ GOMEZ, Mayra. **Human rights in Cuba, El Salvador and Nicaragua**: a sociological perspective in human rights abuse. New York: Routledge, 2003. p. 85-86.

²⁸² *Ibidem*, p. 87.

²⁸³ *Idem*.

direitos humanos despontavam como um dos principais temas nas agendas dos Estados e organizações internacionais.²⁸⁴

Além disso, o governo aproveitou a oportunidade para enviar aos Estados Unidos alguns cidadãos considerados *personae non gratae*: nos navios que partiram do porto de Mariel, o Estado cubano enviou criminosos condenados e pessoas com deficiências mentais²⁸⁵ - uma medida de provável retaliação à política estadunidense, considerada por Cuba acintosa à sua soberania.

A nova onda migratória levou 125.000 cubanos aos Estados Unidos. Desta vez, no entanto, o perfil dos emigrados era bastante diferente daqueles que emigraram no imediato pós-revolução. Em lugar de motivações políticas e descontentamento com o regime socialista, os recém-chegados eram pessoas das classes mais pobres da população, e que migraram motivados por razões primordialmente econômicas. Esta constatação criava um dilema para os Estados Unidos, pois ao mesmo tempo em que negaram refúgio a 30.000 haitianos em razão da motivação econômica, concederam asilo aos cubanos que migraram pelos mesmos motivos. Quando mais de um milhão de haitianos, guatemaltecos, nicaraguenses e salvadorenses chegaram ao país em busca de refúgio, acentuando o paradoxo da política migratória estadunidense, o governo Clinton decidiu que seria hora de conter a imigração cubana.²⁸⁶

O ambiente da época era propício para a adoção de uma nova política migratória por parte dos Estados Unidos. A Guerra Fria havia chegado ao fim, a União Soviética fora desmantelada e, com ela, todo o bloco socialista - já não havia, portanto, a necessidade de propagandear a supremacia do sistema capitalista. Ademais, a crise econômica que assolou Cuba provocou crescentes fugas dos seus cidadãos rumo aos Estados Unidos em embarcações ilegais e travessias arriscadas pelo oceano. Após uma das embarcações haver sido interceptada e afundada pela Guarda Costeira cubana, matando diversos migrantes, os Estados Unidos anunciaram o fim da política migratória especial para os cubanos, sob a escusa de que se queria evitar mais perdas de vidas humanas. A partir de então, a Guarda Costeira dos Estados Unidos interceptaria todas as embarcações e os cubanos sem vistos para ingressar em território americano seriam conduzidos à Base Naval de Guantánamo ou a campos de refugiados, onde aguardariam a repatriação para Cuba.²⁸⁷

²⁸⁴ *Ibidem*, p.88.

²⁸⁵ TRAVIESO-DIAZ, *Op. cit.*, 1998, p.242.

²⁸⁶ MASUD-PILOTO, *Op. cit.*, 1996, p.05-06.

²⁸⁷ TRAVIESO-DIAZ, *Op. cit.*, 1998, p.242-245.

A celeuma acerca da migração de cubanos para os Estados Unidos foi solucionada através do Acordo Migratório Cubano, por meio do qual aquele país se comprometia com a admissão de ao menos 20.000 cubanos por ano. Em contrapartida, Cuba se comprometeu a tomar as medidas necessárias para impedir saídas por “meios inseguros”.²⁸⁸

Diante do exposto, verifica-se que, na prática, o controle sobre a migração em Cuba tem sido mais ou menos rígido de acordo com a forma como o contexto político e econômico da época afetava o país internamente e em suas relações internacionais, sobretudo com os Estados Unidos. Em momentos sensíveis para o regime, a abertura das fronteiras para saída e entrada de cidadãos cubanos foi uma alternativa que evitava confrontos de maiores proporções com a oposição. No entanto, a necessidade de manter no país os profissionais qualificados e, ao mesmo tempo, se opor à política estadunidense, levava o regime castrista a enrijecer o controle sobre as entradas e saídas do território cubano.

Para além das questões políticas, as restrições à saída e retorno também atendiam a interesses econômicos do Estado. As visitas dos cubanos que residiam no exterior revelavam-se uma fonte inestimável de recursos financeiros, tanto porque os procedimentos de emissão de autorizações de entrada implicavam o pagamento de múltiplas taxas, quanto porque as despesas diárias dos visitantes eram pagas a instituições comerciais controladas pelo governo. De acordo com um relatório da Comissão para a Assistência de uma Cuba Livre, apenas em 2003, quando 125.000 pessoas viajaram dos Estados Unidos a Cuba para visitar familiares, o governo cubano recolheu 96,3 milhões de dólares em razão das visitas.²⁸⁹

Esta constatação levou os Estados Unidos a modificar a sua própria política de autorização de saídas de refugiados cubanos. Se antes as visitas eram estimuladas como forma de exibir a prosperidade das pessoas advindas de um sistema capitalista, agora, em pleno século XXI, o efeito acabava sendo apenas o de geração de renda para o Estado cubano. Seguindo o próprio modelo cubano, e sob a escusa de buscar fortalecer o embargo e restaurar a democracia na ilha, os Estados Unidos adotaram medidas de restrição à liberdade de movimento dos cubanos residentes em seu território.

O governo Bush publicou em 2004 novos regulamentos dispondo que as visitas a Cuba somente seriam autorizadas a parentes diretos de cubanos residentes na ilha, por períodos não superiores a catorze dias e, ainda assim, apenas uma vez a cada três anos. Indivíduos residentes nos Estados Unidos também foram proibidos de enviar presentes a pessoas que não pertenciam ao círculo familiar imediato, e mesmo para estes os envios

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 244.

²⁸⁹ HUMAN RIGHTS WATCH, *Op. cit.*, 2005, p.37.

passaram a ser limitados. Violações ao novo regulamento migratório para visitas familiares implicavam a imposição de multas que variavam de um a quatro mil dólares.²⁹⁰

Finalmente, após o fim da Guerra Fria, diversificar alianças políticas e econômicas passou a ser uma prioridade para Cuba. Em um contexto cada vez mais dominado pela agenda dos direitos humanos, Cuba, então, adota táticas alternativas para assegurar a manutenção da ordem interna. Em lugar de promover prisões indiscriminadas de todos os opositores políticos, a repressão torna-se mais sutil, dando lugar a intimidações, prisões por curtos períodos de tempo, assédio e ameaças.²⁹¹

Neste diapasão, o exílio torna-se uma poderosa ferramenta de exclusão daqueles que, ao se negarem a permanecer no país dando continuidade ao projeto revolucionário, passam a ser considerados contrários ao governo e, portanto, elementos indesejados em Cuba. Apesar da política especial de concessão de vistos pelos Estados Unidos, as restrições impostas às visitas familiares, por sua vez, reforçam o temor de que, ao sair do país, o indivíduo perderá totalmente os laços com os familiares que ficam para trás, inibindo ainda mais a fuga e, por conseguinte, manifestações contrárias ao governo.

Passemos, assim, à análise sobre em que medida as provisões da legislação migratória de Cuba interferiram no pleno exercício da liberdade de movimento dos seus cidadãos, antes e após a reforma de 2012-2013.

3.4 Análise da legislação migratória dos anos 1970 até as reformas de 2012-2013: avanços em prol dos direitos individuais ou perpetuação da apatridia *de facto*?

Em 20 de setembro de 1976, Cuba promulga sua Lei de Migração n. 1312, a qual foi regulamentada em 1978 pelo Decreto n. 26. A legislação dispõe sobre todo o trânsito de entrada e saída de Cuba, tanto por nacionais quanto por estrangeiros, condicionando a saída ou retorno de qualquer cidadão cubano a uma autorização oficial do Estado²⁹² - a denominada

²⁹⁰ *Ibidem*, p.38.

²⁹¹ GOMEZ, *Op. cit.*, 2003, p. 94.

²⁹² “Artículo 1.-Los ciudadanos cubanos, para salir del territorio nacional o entrar al mismo, deberán poseer expedido a su nombre, alguno de los siguientes documentos: a) Pasaporte Diplomático; b) Pasaporte de Servicio; c) Pasaporte Oficial; d) Pasaporte Corriente; e) Pasaporte de Marino. Los que poseyeran pasaporte Corriente, deberán además obtener el correspondiente permiso de entrada o de salida, otorgado por el Ministerio del Interior.” “Artículo 14.-Los propios interesados formularán las solicitudes de visas o permisos de entrada o de salida por asuntos particulares y las de pasaportes corrientes. El Reglamento de esta Ley

tarjeta blanca. Digno de nota que, naquela época, a legislação migratória era complementada por diversos regulamentos e políticas internas que, em sua maioria, não foram publicadas oficialmente, apesar de serem informalmente conhecidas pela população, sobretudo pelos cubanos que têm a intenção de migrar.²⁹³

Em fevereiro de 2008, Cuba passou pela primeira mudança de chefia de governo desde a Revolução de 1959. O general Raul Castro, irmão de Fidel Castro, assumiu a presidência do país, externando o compromisso de tornar a gestão pública mais eficiente e menos burocrática, bem como de eliminar o excesso de proibições e regulações, começando pelas mais simples e iniciando estudos sobre as mais complexas ou que exigissem reformas legislativas.²⁹⁴

Ainda na primeira semana do seu governo, o novo presidente de Cuba dá um passo bastante significativo para a proteção dos direitos humanos na ilha: promove a assinatura dos Pactos Internacionais de 1966 sobre Direitos Cíveis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ato ao qual Fidel Castro se opôs durante todo o seu regime. A princípio, acreditava-se que a assinatura poderia simbolizar uma mudança, ainda que gradativa, na política cubana, e um maior compromisso com a ordem jurídica internacional.²⁹⁵ Saliente-se, entretanto, que até a presente data não houve a ratificação de nenhum daqueles instrumentos internacionais pelo Estado cubano.²⁹⁶

Em 2009, o processo de gradual inserção na agenda de direitos humanos foi confirmado quando Cuba aceitou participar, pela primeira vez, do mecanismo de Revisão Periódica Universal do Conselho de Direitos Humanos da ONU. Findo o processo e divulgadas as recomendações dos demais Estados, Cuba aceitou analisar formas de

determinará las formas y requisitos de dichas solicitudes". CUBA. **Ley de Migración n. 1312**. 20 set. 1976. Disponível em: <<http://www.gacetaoficial.cu/html/leymigracion.html>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

²⁹³ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Analysis of New Regulations on Migration Enacted by the Cuban Government in October 2012**. Nov. 2012. p.02. In: ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. Documentos de Referência sobre Refúgio. CD-ROM. Março, 2013.

²⁹⁴ CUBA DEBATE. **Discurso íntegro de Raúl Castro Ruz, Presidente de los Consejos de Estado y de Ministros**. 24 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.cubadebate.cu/especiales/2008/02/24/discurso-integro-raul-castro-ruz-presidente-consejos-estado-ministros/#.U6oTIVldXZ0>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

²⁹⁵ MCKINLEY JR., James. Cuba signs 2 human rights treaties. 29 fev. 2008. **The New York Times**. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2008/02/29/world/americas/29iht-cuba.4.10589148.html?_r=0>. Acesso em: 22 jun. 2014.

²⁹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations Treaty Collection**: Chapter IV, Human Rights. International Covenant on Civil and Political Rights. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en>. Acesso em: 22 jun. 2014.; *Idem*. **United Nations Treaty Collection**: Chapter IV, Human Rights. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en>. Acesso em: 22 jun. 2014.

implementar, dentre outras, a recomendação de “adotar uma lei garantindo a liberdade de movimento dentro do território, de acordo com o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, assinado por Cuba, abolir o sistema de autorizações para deixar o território e, conseqüentemente, extinguir do código penal o crime de saída ilegal do território”²⁹⁷.

Alguns anos ainda teriam que se passar até que os compromissos iniciais do governo viessem a se concretizar na área da liberdade de movimento dos cubanos. Entretanto, mais um sinal em torno de possíveis futuras reformas foi dado durante o VI Congresso do Partido Comunista de Cuba, em 2011, quando foram traçadas as diretrizes de política econômica e social para os anos seguintes. Na área de políticas para o turismo, o Estado cubano inseriu o compromisso de “estudar uma política que facilite aos cubanos residentes no país viajar para o exterior como turistas”²⁹⁸.

Finalmente, em 16 de outubro de 2012, o governo cubano publica no Diário Oficial os Decretos 302, 305 e 306, além de outras sete resoluções normativas que entraram em vigor em 14 de janeiro de 2013 e implicaram numa reforma geral da política migratória de Cuba.

Durante a primeira manifestação oficial do governo cubano sobre a reforma, foi feito um apanhado geral das causas que perpetuaram a política migratória iniciada em 1976 e do contexto que permitiu a reforma que se levava a cabo naquele momento.

As autoridades cubanas esclareceram que a legislação migratória até então vigente era uma medida de legítima defesa ante as agressões perpetuadas pelos Estados Unidos nos últimos 50 anos a qual, além de subtrair o capital humano criado pela Revolução, teria incitado uma emigração ilegal, insegura e que provocou a morte de diversos cidadãos cubanos.²⁹⁹

O governo reconheceu, no entanto, que as causas da emigração mudaram consideravelmente nos últimos anos, deixando de serem motivadas por questões políticas e passando a ser motivadas por razões econômicas. Neste caso, os emigrantes seriam, para o

²⁹⁷ Tradução livre. Original em inglês: “*Adopt a law guaranteeing freedom of movement within the territory in accordance with ICCPR, which Cuba has signed, repeal the system of permits to leave the territory, and consequently delete from the criminal code the crime of illegal departure from the territory*”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos - **Report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Cuba**. 05 out. 2009. Doc. A/HCR/11/22. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/162/73/PDF/G0916273.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

²⁹⁸ CUBA. **Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución**. VI Congresso do Partido Comunista de Cuba. 18 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.cubadebate.cu/wp-content/uploads/2011/05/folleto-lineamientos-vi-cong.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2014. p. 34.

²⁹⁹ CUBA DEBATE. **Cuba seguirá apostando por una emigración legal, ordenada y segura**. 25 out. 2012a. Disponível em: <http://www.cubadebate.cu/especiales/2012/10/25/cuba-seguira-apostando-por-una-emigracion-legal-ordenada-y-segura/#.U6l_6PldXZ2>. Acesso em: 22 jun. 2014. p. 02.

governo, pessoas que na maioria das vezes são favoráveis à Revolução e contrárias à política estadunidense de opressão a Cuba.³⁰⁰

Neste sentido, a flexibilização teria sido norteada por uma vontade de melhorar as relações com a emigração cubana, sem perder de vista, contudo, o que os jornais cubanos chamaram de uma “permanente política agressiva do governo dos EUA, que usa o tema migratório entre as suas principais armas, incluindo a prática e promoção descarada do roubo de cérebros e talentos”³⁰¹ do país.

Assim, as novas normas adotadas teriam sido inspiradas em disposições similares contidas nos ordenamentos de outros Estados, mas também refletiriam singularidades da sociedade em Cuba que, segundo o governo, deve defender o Estado revolucionário frente à incitação subversiva dos Estados Unidos, o que requer uma reforma migratória segura e ordenada.³⁰²

De maneira geral, analisando a política migratória cubana em perspectiva, nota-se que um elemento central sempre foi, e continua sendo, o controle sobre a saída de cidadãos do seu território.

O direito de sair de qualquer país, inclusive do próprio, é mais um desdobramento da liberdade de movimento e encontra-se consagrado ao lado do direito de residência e de retorno ao próprio país, conforme demonstrado no item anterior. A liberdade de movimento, por sua vez, é um direito que está tão intimamente relacionado com a natureza humana – de seres migrantes por excelência – que a aplicação de restrições sobre ele dificilmente serão capazes de conter integralmente o impulso pelo deslocamento.

Quando o descumprimento às restrições ao direito de saída implica sanções penais e até mesmo a pena de banimento, o estudo daquele direito se torna fundamental para a análise sobre a violação ao direito de retorno em si.

No caso cubano, é justamente em razão deste controle do direito de saída que nos deparamos com a anomalia de se ter cidadãos errantes pelo mundo, impedidos de retornar ao seu país de nacionalidade. Mesmo com as reformas de 2013, ver-se-á que os efeitos da redação original da lei prevalecem, mantendo-se cidadãos cubanos emigrados impedidos de retornar.

³⁰⁰ *Idem.*

³⁰¹ CUBA DEBATE. **Una Política Migratoria beneficiosa, realista y justa**. 18 out. 2012b. Disponível em: <<http://www.cubadebate.cu/opinion/2012/10/18/una-politica-migratoria-beneficiosa-realista-y-justa/#.U6TrpfldXZ0>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

³⁰² CUBA DEBATE, *Op. cit.*, 2012a, p.03.

Diante disso, não há como dissociar o estudo sobre as restrições ao direito de retorno do estudo sobre as restrições ao direito de saída, pois nestas últimas estão as verdadeiras raízes do problema. Assim, averiguaremos, primeiro, as formas pelas quais a restrição ao direito de saída ocorre, e a legitimidade dessas medidas diante do direito internacional. Em seguida, passaremos à análise das restrições impostas ao direito de retorno e como elas impactam a vida dos cidadãos cubanos na prática, antes e depois das reformas de 2012-13³⁰³.

3.4.1 As restrições de saída: ponderações à luz do direito internacional

A fim de sistematizar o estudo das restrições sobre o direito de saída, os cidadãos cubanos que ainda residem na ilha serão agrupados em duas categorias: os “cidadãos comuns”, que não são profissionais qualificados e não se enquadram nas hipóteses de restrições mais rígidas; e os “cidadãos profissionais qualificados”, que enfrentam desafios muito maiores no processo de saída do território do seu país.

A partir de 1976, para sair do país por motivos particulares, e desde que não fosse um profissional qualificado, o cidadão cubano comum deveria solicitar a emissão de um passaporte e uma autorização de saída, procedimento que envolvia uma extensa burocracia e o pagamento de diversas taxas.³⁰⁴ Antes da reforma migratória, por exemplo, o solicitante deveria pagar 50 dólares pelo passaporte, 150 dólares pela autorização de viagem e 450 dólares pelo exame médico³⁰⁵, taxas exorbitantes considerando-se que a renda média mensal da população, em 2012, equivalia a 19 dólares³⁰⁶.

Além disso, eram solicitados os seguintes documentos adicionais: carta da instituição na qual o cubano trabalha, ou da escola onde estuda, descrevendo o seu perfil como

³⁰³ A legislação regulamenta também o trânsito de estrangeiros no país e o regime específico para funcionários de missões consulares e diplomáticas. No entanto, a pesquisa será direcionada à análise das restrições sobre os nacionais cubanos, grupo que, ao contrário dos estrangeiros, não deveria ter o seu direito de saída e retorno a Cuba, diante das disposições do direito internacional dos direitos humanos. Em que pese o mérito das teorias que defendem o direito de migrar para qualquer país, ainda prevalece o costume internacional de que, em relação aos estrangeiros, os Estados são soberanos para determinar a política de admissões em seu território.

³⁰⁴ IMMIGRATION AND REFUGEE BOARD OF CANADA. **Cuba**: Requirements and procedures to obtain an exit permit and to extend an exit permit while outside Cuba; information on migration regulations and how they are applied to citizens, including consequences for returning to Cuba with an expired permit; whether individuals are prosecuted for violating migration regulations or experience restrictions after entering the country, such as being precluded from housing, health care or other social services. 23 maio 2012. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4fc4a5192.html>>. Acesso em: 21 jun. 2014. p.02.

³⁰⁵ HUMAN RIGHTS WATCH, *Op. cit.*, 2005, p. 09, nota de rodapé n. 7.

³⁰⁶ OFICINA NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y INFORMACIÓN. **Salario Medio en Cifras, Cuba 2012**. Junho 2013. Disponível em:

<<http://www.one.cu/publicaciones/03estadisticassociales/Salario%20Medio%20en%20Cifras%20Cuba%202012/Salario%20Medio%20en%20Cifras%20Cuba%202012.pdf>>. Acesso em 22 jun. 2014.

trabalhador ou estudante; certificado de antecedentes criminais detalhando qualquer delito cometido desde os 12 anos de idade; e carta-convite da pessoa residente no exterior que se responsabilizaria pela sua estadia. Esta carta convite deveria ser chancelada em um cartório público e, posteriormente, o anfitrião deveria comparecer pessoalmente perante o consulado cubano para declarar a sua responsabilidade legal e econômica pelos visitantes que receberia, bem como pagar mais uma taxa consular. Digno de nota que, de acordo com a Resolução 87 do Ministério da Justiça cubano, os consulados tinham a prerrogativa de rejeitar os convites, “sempre que as circunstâncias orientem o cônsul a fazê-lo”³⁰⁷ – porém, não havia na legislação sinais de que espécies de circunstâncias seriam essas.

Como a legislação não estipulava um prazo para que as autoridades respondessem às solicitações, e tampouco havia requisitos claros sobre os critérios aos quais a emissão da autorização estaria vinculada, era comum que os processos se estendessem por meses ou anos e que as decisões fossem, muitas vezes, arbitrárias e motivadas por questões políticas. Na falta de publicidade dos requisitos, um cidadão não tinha realmente como saber de que maneira poderia potencializar suas chances de obter uma autorização. O Ministério do Interior, por sua vez, tinha a competência para indicar a autoridade que iria decidir o pedido, cuja decisão estava orientada a ser tomada “de acordo com a política vigente e acordada com o governo”.³⁰⁸ Ademais, não havia previsão de um órgão administrativo que pudesse revisar, em segunda instância, as decisões estatais sobre o tema.

Considerando-se os documentos necessários para processar um pedido de autorização de viagem e não havendo prazo para retornos sobre cada etapa do processo, era comum o cidadão pagar as taxas, obter um documento e o mesmo expirar antes da decisão final sobre a fase seguinte do procedimento - obrigando-o a reiniciar todo o processo de solicitação.³⁰⁹

Eram corriqueiros também os casos de cubanos que, por serem familiares de pessoas que deixaram o país sem autorização ou que excederam o prazo de estadia permitido, tinham suas solicitações de saída negadas. Segundo a Seção de Interesses dos Estados Unidos em Havana, entre 2003 e 2005, 1.762 cubanos que haviam recebido visto para viajar àquele país tiveram seus pedidos de autorização de saída negados pelo governo cubano.³¹⁰

³⁰⁷ RETTER, Eric. **You Can Check Out Any Time You Like, But We Might Not Let You Leave: Cuba's Travel Policy in the Wake of Signing the International Covenant on Civil and Political Rights.** Emory International Law Review: Volume 23, Issue2. 2009. Disponível em: <<http://www.law.emory.edu/fileadmin/journals/eilr/23/23.2/Retter.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2014. p. 662-664.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 664-665.

³⁰⁹ IMMIGRATION AND REFUGEE BOARD OF CANADA, *Op cit.*, 2012, p. 05.

³¹⁰ HUMAN RIGHTS WATCH, *Op. cit.*, 2005, p. 10.

Aqueles que efetivamente tinham as suas solicitações deferidas, por outro lado, recebiam um *Permiso de Viaje al Exterior* válido por 30 dias e renovável mensalmente até o máximo de 11 meses. Não bastassem todas as taxas já pagas ao governo durante a tramitação interna do pedido de viagem, o portador da autorização ainda deveria pagar uma taxa por cada um dos meses em que desejasse renovar o *permiso*.³¹¹

Em relação a este grupo de cidadãos, estávamos diante, portanto, de limitações ao direito de saída do território em razão de procedimentos burocráticos, altos encargos para obtenção de passaportes e imposição da obrigação de obter uma autorização de saída do Estado.

Inicialmente, veja-se que o passaporte é um documento que serve a múltiplos fins. De um lado, atende ao objetivo estatal de controlar quem entra e sai do seu território. Por outro, serve de documento de viagem e identificação do seu titular. No que tange ao direito de saída e retorno, o passaporte representa a concretização do direito de deixar o território de um Estado - ainda que não confira o direito de ser admitido no território de um Estado estrangeiro - e constitui prova do incontestável direito do seu titular de entrar no território do Estado que o emitiu. Considerando-se que sem o passaporte o direito de saída do território não pode se efetivar, constata-se que o Estado tinha uma obrigação positiva de viabilizar a obtenção deste documento³¹², o que não era observado em Cuba durante a vigência da redação original da Lei 1312.

Além das delongas procedimentais e para a aquisição de um passaporte, as taxas tornavam a obtenção deste documento proibitiva para grande parte da população. Sobre esta questão, em 1963, a Subcomissão da ONU sobre a Prevenção à Discriminação e Proteção das Minorias considerou que a imposição de taxas para obtenção de passaportes que, de tão altas, inibem o exercício do direito a deixar um país, constituem uma limitação indireta ao direito, na forma de uma discriminação *de facto*, baseada na propriedade.³¹³

Em 2012, a reforma da Lei n. 1312 trouxe novidades, desburocratização e também consolidou diversas normas que eram aplicadas na prática estatal, mas que não estavam positivadas no ordenamento doméstico.

³¹¹ IMMIGRATION AND REFUGEE BOARD OF CANADA, *Op cit.*, 2012, p. 02.

³¹² LIU, *Op. cit.*, 2007, p. 52-53.

³¹³ INGLÉS, José D. **Study of discrimination in respect of the right of everyone to leave any country, including his own, and to return to his country**. Relator Especial da Subcomissão sobre a Prevenção à Discriminação e Proteção das Minorias. Nova York, 1963. E/CN A/Sub.2/229/Rev.1. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/Sub.2/%20220/Rev.1>. Acesso em: 25 jun. 2014.

Após a reforma, os cidadãos comuns que residem em Cuba, ainda que estejam temporariamente fora do país em missão oficial ou em viagem particular – neste caso, desde que ainda dentro do prazo máximo de estadia autorizada no exterior – tiveram o seu direito de saída do país flexibilizado, em um procedimento menos burocrático e mais barato.

Para esta categoria de cidadãos, as obrigações de solicitar uma autorização de saída e apresentar uma carta convite de quem iria recebê-lo no exterior foram extintas³¹⁴ e o prazo máximo de estadia no exterior foi ampliado para 24 meses³¹⁵ – o qual pode ser prorrogado desde que apresentadas razões válidas que impossibilitem o retorno do indivíduo no prazo³¹⁶.

Para exercer o direito de saída do país, portanto, restaram apenas três requisitos: possuir um passaporte comum – que passa a ser emitido mediante apresentação apenas da carteira de identidade³¹⁷; possuir um visto válido para o país de destino³¹⁸; e não estar incluído na categoria de pessoas que não podem obter um passaporte comum. No caso do passaporte, as taxas cobradas passaram a ser de 100 dólares³¹⁹ – quase a metade do salário que um cidadão médio ganha durante um ano – sendo que nos consulados de outros países, como o do Brasil, o valor total pago para a emissão de um passaporte pode chegar a até 350 dólares³²⁰.

Por um lado, o direito de saída dos cubanos foi consideravelmente flexibilizado em relação aos parâmetros adotados anteriormente. No entanto, é prematuro falar que as reformas efetivaram o direito à liberdade de movimento, tal como estipulado nos tratados sobre direitos humanos, afinal, os cidadãos comuns cubanos ainda não são livres para permanecer fora do país pelo tempo que lhes aprouver, perdurando a obrigação de retornar a Cuba, sob pena da aplicação de graves penalidades, a seguir delineadas.

O direito de emigrar permanentemente, de maneira regular, manteve-se tal como no sistema anterior à reforma, limitado às hipóteses em que a pessoa cubana casa-se com um estrangeiro ou cujos pais ou filhos já possuem a condição de residente permanente no exterior.³²¹

³¹⁴ De acordo com a nova redação dos Artigos 13, 14 e 15 da Lei n. 1312 e pela Resolução 318/2012

³¹⁵ De acordo com a nova redação do Artigo 9.1 da Lei n. 1312.

³¹⁶ De acordo com a nova redação do Artigo 40 do Decreto n. 26.

³¹⁷ De acordo com a nova redação do Artigo 21 do Decreto n. 26.

³¹⁸ De acordo com a nova redação do Artigo 14 da Lei 1312.

³¹⁹ CUBA DEBATE. **Información útil sobre trámites migratorios**. 16 out. 2012c. Disponível em: <<http://www.cubadebate.cu/noticias/2012/10/16/informacion-util-sobre-tramites-migratorios/#.U6yo6fldXZ0>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

³²⁰ CUBA. **Embajada de Cuba en Brasil**: Servicios consulares. Disponível em : <<http://www.cubadiplomatica.cu/brasil/ES/ServiciosConsulares.aspx#RenovacionPasaporte>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

³²¹ De acordo com a nova redação do Artigo 40 do Decreto n. 26.

Ademais, o Departamento de Estado dos Estados Unidos reportou que, em 2013, cubanos que iniciaram o processo para emigrar foram submetidos a interrogatórios policiais, assédio, intimidação, inspeção domiciliar e demissão do emprego.³²² Logo, mesmo no caso da categoria de cidadãos que teve o seu direito de sair do país ampliado, é preciso cautela antes de reconhecer um efetivo avanço. Além disso, persistem acusações de que a reforma teria servido a fins mais políticos que humanitários. Segundo a Comissão Cubana de Direitos Humanos e Reconciliação Nacional, em seu relatório de junho de 2013, as autorizações de saída concedida a famosos dissidentes políticos após a reforma teve como único propósito emitir falsos sinais de mudança, ofuscando a persistente realidade de continuada privação do direito liberdade de trânsito no país.³²³ O Relatório Global de 2014 da Human Rights Watch corrobora que a reforma trouxe apenas uma aparência de mudança efetiva. Segundo aquela organização, o governo cubano continua impedindo que dissidentes políticos retornem à ilha. Uma mulher exilada na Espanha e membro do *Damas de Blanco*, grupo de mulheres que lutam pela liberação de familiares que se tornaram presos políticos, teve seu pedido de retorno a Cuba negado – e foi privada de visitar seu pai de 93 anos, que veio a falecer alguns meses depois.³²⁴

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, reconheceu que a eliminação parcial da autorização de saída é um avanço, mas persiste a preocupação com a manutenção do requisito para algumas categorias de pessoas e com o uso de termos que conferem à autoridade cubana uma ampla margem de discricionariedade na decisão sobre as autorizações de saída, sobretudo daqueles que expressam opiniões contrárias ao governo.³²⁵

Estas categorias especiais de pessoas são, principalmente, os cubanos profissionais, treinados e educados em Cuba, cuja saída do país era regulada pela Resolução 54 do Ministério da Saúde Pública antes da reforma. Todas as ponderações feitas acima, relativas aos entraves burocráticos e altos encargos, aplicam-se a essa categoria de cidadãos. No entanto, o processamento dos seus pedidos continha (e ainda contém) peculiaridades que restringiam ainda mais seu direito de saída do país.

³²² DEPARTAMENTO DE ESTADO DOS ESTADOS UNIDOS. **2013 Country Reports on Human Rights Practices – Cuba**. 27 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/53284b3bd.html>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

³²³ COMISION CUBANA DE DERECHOS HUMANOS Y RECONCILIACION NACIONAL. **Cuba: algunos actos de represión política en el mes de junio 2013**. 03 jul. 2013. Disponível em: <http://observacuba.org/wp-content/uploads/pdfs/2013/overview_ccdhrn_jun2013.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2014. p. 01.

³²⁴ HUMAN RIGHTS WATCH. **World Report 2014 – Cuba**. 21 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/52dfddf3f.html>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

³²⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe Anual 2013 – Cuba**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2013/docs-es/InformeAnual-Cap4-Cuba.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2014. p.424.

Nestes casos, o tempo de tramitação do pedido de autorização de viagem, por motivos particulares, poderia durar até 05 anos, em se tratando de profissionais de nível superior, e 03 anos, em se tratando de profissionais de nível técnico. Digno de nota que estes requisitos não estavam explícitos na Resolução 54, que se limita a dispor que o profissional interessado apresentará seu pedido fundamentado ao Diretor Provincial que, por sua vez, remeterá a solicitação com sua opinião “à pessoa que decidirá o pedido, que será a única autoridade autorizada a aprovar a solicitação”³²⁶ – sem que haja, igualmente, qualquer referência a quem é essa autoridade com poder decisório em última instância. Tratava-se de mais uma das regras migratórias contidas em políticas internas, de conteúdo inacessível à população.

A reforma, por sua vez, trouxe consigo uma listagem explícita de nacionais cubanos que não podem obter passaportes comuns, e cuja saída do país continua condicionada a uma autorização do Estado.

Esta categoria de pessoas é exposta no artigo 23 da Lei 1312, inserido após a reforma, e dentre elas encontram-se disposições similares àquelas previstas em ordenamentos de outros países: cidadãos sujeitos a processo penal ou em cumprimento de sanção penal ou medida de segurança; os menores de idade ou incapazes que não possuam autorização dos pais ou responsável legal; pessoas sujeitas ao cumprimento do serviço militar; pessoas que possuam obrigações com o Estado cubano ou responsabilidade civil, expressamente estabelecidas pelas autoridades e pendentes de cumprimento pelo cidadão.

Em um estudo referência no tema do direito de saída e retorno, José Inglés tratou da validade de cada uma das quatro restrições acima descritas.

Segundo o autor, do ponto de vista do direito internacional, é dever do Estado, enquanto membro da comunidade internacional, restringir a liberdade de movimento de pessoas que cometeram crimes, para que elas possam ser processadas e condenadas. Não é cabível, no entanto, impedir a saída de um indivíduo do território apenas porque se considera que ele tem um mau caráter ou porque se suspeita que ele pode vir a cometer um ato ilícito no exterior. Para a aplicação da restrição, é preciso que haja prova de que a pessoa cometeu um crime ou que a saída serviria a um intuito de se esquivar de um processo criminal.³²⁷ Contudo, mais uma vez, é preciso cautela ao transpor este entendimento ao caso específico de Cuba. Em 2014, a organização *Freedom House* denunciou que ex-presos políticos que há muito já

³²⁶ RETTER, *Op. cit.*, 2009, p. 665-666.

³²⁷ INGLES, *Op. cit.*, 1963, p. 41-43.

cumpriram sua pena continuam proibidos de viajar porque se afirma que, tecnicamente, ainda estão sob liberdade vigiada.³²⁸

Em relação às outras hipóteses, seria legítimo restringir a liberdade de movimento de pessoas sobre as quais se acredita que sairão do país sem cumprir determinadas obrigações ou cuja intenção é justamente sair do país para descumpri-las impunemente. Seria o caso, por exemplo, de um indivíduo que foge à responsabilidade de pagar pensão ao filho ou cônjuge, ou que quer evitar o serviço militar obrigatório.

Sobre esta última hipótese, o Comitê de Direitos Humanos se pronunciou a respeito na decisão do caso *Peltonen v. Finlândia*, quando concluiu que uma restrição ao direito de saída poderia se fundamentar na necessidade de cumprimento de serviço militar, ou outra obrigação nacional, acatando a justificativa estatal de que essa restrição era necessária à preservação da ordem pública.³²⁹ Veja-se, no entanto, que naquele caso o Comitê trabalhou em cima de uma hipótese em que um jovem, até um determinado limite de idade, teria uma obrigação para com o Estado finlandês, a qual se encontrava claramente prevista em lei de conhecimento público da população – o que é bastante diferente de impedir indefinidamente a saída de profissionais de toda espécie.

Por fim, em relação às demais obrigações civis e também no caso dos menores e incapazes sem autorização, a restrição seria válida na medida em que preservaria os direitos de outras pessoas³³⁰ – conforme autorizado pelo artigo 24 da Declaração Universal dos Direitos Humanos³³¹ e artigo 12 do Pacto de 1966.

A preocupação maior, no entanto, volta-se para quatro hipóteses trazidas por aquele dispositivo, que merecem especial destaque e uma análise mais acurada:

Artigo 23 (Adicionado). Os cidadãos cubanos residentes no território nacional, não podem obter passaporte comum enquanto se encontrem compreendidos em alguma das seguintes situações:

[...]

d) Quando razões de defesa e segurança nacional assim o aconselhem;

[...]

³²⁸ FREEDOM HOUSE. **Freedom in the World 2014 – Cuba**. 01 maio 2014. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/5367738314.html>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

³²⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos. **Communication No. 492/1992**. 21 jul. 1994. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws492.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

³³⁰ INGLES, *Op. cit.*, 1963, p. 43-44.

³³¹ “Artigo 24.2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.”

- f) Carecer da autorização estabelecida, em virtude das normas dirigidas a preservar a força de trabalho qualificada para o desenvolvimento econômico, social e técnico-científico do país, assim como para a segurança e proteção de informação oficial; [...]
- h) Quando por outras razões de interesse público, as autoridades facultadas assim o determinem;
- i) Descumpra os requisitos exigidos pela Lei de Migração, seu Regulamento e as disposições complementares relacionadas com a solicitação, emissão ou outorga de passaportes.

Antes de adentrar nos pormenores destas restrições, é possível destacar uma primeira conclusão no sentido de que o problema central, em todos os casos, reside justamente na imposição de uma autorização prévia do Estado para o exercício de um direito que, em regra, deveria ser ilimitado - cabendo restrições apenas nas situações excepcionais que serão apresentadas mais adiante.

O Comitê de Direitos Humanos se pronunciou sobre o tema durante suas atividades de monitoramento da implementação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos pelo Estado da República Árabe da Síria. Tal como ocorria em Cuba, a legislação síria impunha a determinadas categorias de nacionais a obrigação de obter uma autorização de saída antes de viajar para o exterior. A partir das categorias de pessoas dispensadas do pedido de autorização, extraía-se que estariam obrigados a se submeter àquele procedimento pessoas com menos de 50 anos; jovens que ainda não haviam prestado serviço militar; mulheres, a depender do país de destino; dentre outros.³³² Além disso, sírios residentes no exterior reportaram que tiveram seus pedidos de obtenção de passaportes negados.

Na opinião do comitê, tanto a imposição de vistos de saída quanto a recusa em emitir passaportes a seus nacionais configuravam violações ao artigo 12 do Pacto de 1966, na medida em que restringiam a liberdade de movimento e o direito de retorno dos nacionais sírios ao seu próprio país. O Comitê, portanto, recomendou à Síria que facilitasse o retorno voluntário dos seus cidadãos e abolisse o requisito de autorização prévia para sair do país, partindo da premissa de que a regra geral deve ser a liberdade de movimento de toda a população, deixando as restrições apenas para casos individuais, devidamente justificados.³³³

³³² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos. **Consideration of Reports Submitted By States Parties Under Article 40 Of The Covenant:** Second periodic report of States parties due in 1984 - Syrian Arab Republic. 25 ago. 2000. CCPR/C/SYR/2000/2. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=ccpr/c/syr/2000/2>. Acesso em: 25 jun. 2014. Parágrafo 180.

³³³ *Idem*. Comitê de Direitos Humanos. **Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant:** Concluding observations of the Human Rights Committee -Syrian Arab Republic. 24 abr. 2001. CCPR/CO/71/SYR. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=CCPR/CO/71/SYR>. Acesso em: 25 jun. 2014. Parágrafo 21.

Seguindo-se uma regra geral de interpretação contida no artigo 31(1) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, os termos das normas de um tratado devem ser compreendidos em conformidade com o objetivo e propósito do instrumento. Em se tratando do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, esse propósito é a proteção do indivíduo diante dos excessos do Estado. Logo, as restrições aos direitos ali previstos devem ser aplicadas de maneira estrita e limitada.

Em seu Comentário Geral n. 27, o Comitê reconhece que, nos termos do artigo 12(3) do Pacto de 1966, o direito de saída do país comporta restrições em circunstâncias excepcionais, que visem a assegurar a proteção da segurança nacional, ordem, moral e saúde públicas, bem como os direitos e liberdades de outros indivíduos. Ademais, qualquer restrição deve estar prevista em uma lei, com critérios suficientemente claros a evitar arbitrariedades da autoridade pública. Finalmente, a medida restritiva deve ser necessária e proporcional ao fim a que se dedica.³³⁴

A exigência de que a restrição deve estar "prevista em lei" certamente tem por objetivo assegurar que os indivíduos têm plena ciência das limitações aplicáveis a um direito seu e podem, diante disso, conduzir sua conduta de modo a prever as consequências jurídicas das suas ações. Segundo a Comissão de Direitos Humanos da ONU, as leis devem adotar critérios claros e precisos para limitar o direito à liberdade de movimento, privando-se de permitir discricionariedades administrativas indevidas.³³⁵

Retomando o artigo 23 da nova legislação, seus subitens trazem os critérios de “defesa e segurança nacional” e “razões de interesse público” como fundamentos para proibir a saída de pessoas do seu território. Em que pese a ambiguidade e abstração intrínsecas aos conteúdos, o direito internacional traz alguns parâmetros relevantes na avaliação da sua legitimidade.

Em se tratando do “interesse público”, importa recordar que o artigo 12 do Pacto de 1966 elenca hipóteses taxativas para a restrição do direito de saída do território, dentre as quais não há previsão sobre o interesse do Estado. Não obstante, ainda é uma razão comumente invocada por Estados que defendem ser uma política governamental manter sua população dentro do seu território. Para Inglês, o uso desta justificativa seria, a princípio, inaceitável, justamente porque as hipóteses de restrições são taxativas e pela subjetividade do conceito. Entretanto, o autor admite uma exceção apenas nos casos em que o interesse público

³³⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Op. cit.*, 2009, Parágrafos 11-16.

³³⁵ *Ibidem*, Parágrafo 13.

viesse associado a uma das causas efetivamente previstas no artigo 12 do Pacto e, ainda assim, desde que necessária e proporcional ao alcance de um objetivo legítimo.³³⁶

Em relação à “segurança nacional”, a prática estatal demonstra que ele tem sido aplicado de duas maneiras: restritivamente, apenas em questões de defesa nacional; ou ampliativamente, em qualquer contexto que possa afetar minimamente a segurança pública, interna ou externa, do Estado. Em geral, um zelo excessivo para com a segurança nacional tem provocado graves violações a direitos individuais, dentre eles a liberdade de movimento³³⁷. Muitas vezes, inclusive, a justificativa da segurança nacional é aplicada sem que sequer sejam revelados os motivos para tanto, alegando-se que uma explicação detalhada seria, por si só, uma ameaça à segurança nacional.³³⁸

No contexto do direito internacional, a expressão "segurança nacional" deve ser interpretada a partir da Carta da ONU, de acordo com a qual atos que colocam a segurança nacional em risco são aqueles que afetam a independência política, integridade territorial e continuidade da existência do Estado. Na prática, a segurança nacional busca proteger o Estado contra ações de espionagem, sabotagem, violência política, ataques às suas instituições de defesa ou interferência estrangeira em seus assuntos internos. Neste sentido, não seria admissível considerar como uma ameaça à segurança nacional a saída de pessoas que receberam treinamento especial³³⁹, como os profissionais cubanos qualificados, tampouco aquelas que guardam segredos do Estado, se estes fatos encontram-se isolados de outras circunstâncias adicionais³⁴⁰.

A aplicação de um conceito tão vago, portanto, somente seria legítima em um ordenamento jurídico no qual a política geral prevalecente é a de que todas as pessoas podem deixar o país, e onde apenas casos individuais, e por razões que apresentam um perigo real à segurança nacional, teriam seu direito de trânsito restringido.

Uma política geral que não permite que ninguém saia do país nunca será aceitável, exceto em tempos de guerra ou emergência nacional. A melhor salvaguarda contra a negação arbitrária do direito de sair de qualquer país por motivos de segurança

³³⁶ INGLÉS, *Op. cit.*, 1963, p. 42-43.

³³⁷ *Ibidem*, p. 39.

³³⁸ MUBANGA-CHIPOYA, C.L.C. **The right of everyone to leave any country, including his own, and to return to his country**: Analysis of the current trends and developments regarding the right to leave any country including ones own, and to return to one's own country, and some other rights or considerations arising therefrom. Relator Especial da Subcomissão sobre a Prevenção à Discriminação e Proteção das Minorias. 20 jun. 1988. E/CN.4/Sub.2/1988/35. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/Sub.2/1988/35>. Acesso em: 25 jun. 2014. p. 51.

³³⁹ LIU, *Op. cit.*, 2007, p. 63-64.

³⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Op. cit.*, 2009, parágrafo 16.

nacional é estabelecer o requisito de que as atividades da pessoa somente poderão ser consideradas prejudiciais à segurança nacional se essas atividades são puníveis de acordo com a legislação penal e se a pessoa está sendo realmente processada por este crime.³⁴¹

Em relação à previsão do subitem “f”, a legislação cria restrições à viagem de pessoas cuja presença no país preserva a “força de trabalho qualificada para o desenvolvimento econômico, social e técnico-científico do país, assim como para a segurança e proteção de informação oficial”. Este item é complementado pelo Decreto 306 e pela Resolução 43, promulgados no contexto das reformas, que dispõem sobre a preservação da força de trabalho qualificada para o desenvolvimento econômico, social e científico do país.

De acordo com o artigo 1º do Decreto 306, estão sujeitos à exigência de autorização prévia para viagem ao exterior os funcionários de diversas entidades e órgãos públicos; pessoas com educação superior; técnicos de nível médio especializados; atletas de alto rendimento; e técnicos e treinadores esportivos; sempre que estas pessoas sejam vitais para o desenvolvimento econômico, social e técnico científico do país, para programas estratégicos, de pesquisa e serviços de saúde, ou para o movimento esportivo cubano.

Um mérito do Decreto foi, ao menos, positivar explicitamente as categorias de profissionais abrangidos e os prazos para a emissão da autorização, que continuaram sendo de 3 anos para técnicos de nível médio e 5 anos para os demais profissionais, incluindo os atletas.³⁴²

As pessoas que se enquadrem nesta categoria terão seus nomes incluídos em um banco de dados informatizado, alimentado a partir de listas nominais enviadas pelos chefes dos profissionais cubanos ao Ministério do Trabalho e Seguridade Social que, por sua vez, controlará a inclusão de pessoas conforme os cargos e funções que requerem autorização para viajar.³⁴³

A principal justificativa para o tratamento diferenciado aos cidadãos com formação profissional sempre foi impedir a “fuga de cérebros” que receberam educação e treinamento gratuito em Cuba e que, portanto, teriam uma obrigação de servir a população cubana.³⁴⁴ O

³⁴¹ Tradução livre. Original em inglês: “It would appear, therefore, that any restriction based upon national security may be legitimately imposed by Governments only within the framework of a general policy permitting everyone to leave the country, and for specific reasons presenting a real danger to the security of the State. A general policy of not permitting anyone to leave the country is never justifiable except in time of war or national emergency. The requirement that a person's activities should be deemed prejudicial to the national security only if such activities are punishable under penal law and the person concerned is actually being prosecuted for such an offence, would seem to be the best safeguard against arbitrary denial of the right to leave any country on the ground of national security”. INGLÉS, *Op. cit.*, 1963, p. 40.

³⁴² De acordo com o artigo 2º do Decreto 306 publicado em 2012

³⁴³ De acordo com os artigos 4º e 5º e Primeira Disposição Final do Decreto 306 publicado em 2012.

³⁴⁴ HUMAN RIGHTS WATCH, *Op. cit.*, 2005, p.03.

elevado tempo de espera para o processamento da solicitação de saída do país, neste sentido, seria necessário para que, primeiro, profissionais graduados em cursos superiores especializados pudessem prestar dois anos de serviço social no país ou em nações parceiras³⁴⁵, e também para que outro profissional fosse treinado para substituir aquele que deixaria o país.³⁴⁶

Não obstante, são muitos os relatos de profissionais que, mesmo tendo cumprido o seu dever para com o Estado e sociedade cubana, e superado o prazo necessário para treinamento de um novo profissional, ainda assim não conseguiram permissão para sair do país. Veja-se, por exemplo, o caso de uma médica que havia desenvolvido o programa cubano de neurociência e solicitou permissão para visitar seu filho na Argentina. Durante o processo, a médica passou a criticar o governo por utilizar o centro de neurologia público para atendimento privado de estrangeiros, em detrimento da população cubana. Após anos de espera e insistência por uma resposta, lhe foi dado o retorno de que ela não poderia deixar o país porque “seu cérebro era propriedade do governo cubano”.³⁴⁷

A “fuga de cérebros” é uma expressão utilizada para denominar o processo de migração de profissionais altamente qualificados de um país para o outro. Apesar de não ser uma regra absoluta, este processo costuma ocorrer entre profissionais de países em desenvolvimento, em direção a países desenvolvidos.

Ao se insurgirem contra a emigração de profissionais qualificados, os países em desenvolvimento costumam alegar, essencialmente, que o capital humano do Estado é um fator fundamental para o seu desenvolvimento econômico. Por vezes, também costuma ser invocado o argumento ético-moralista de que, ao deixarem um país mais pobre, estes profissionais deixam para trás as pessoas que realmente precisam deles.³⁴⁸ Além destas razões, são também suscitados grandes perdas financeiras pelos investimentos feitos com a educação dos profissionais e o custo social da emigração para a família que fica para trás, tendo que subsistir sem o apoio de um membro economicamente ativo.³⁴⁹

Do ponto de vista dos profissionais, as causas para a sua emigração são bastante variadas: remunerações baixas e incompatíveis com seu nível de qualificação; falta de vagas no mercado de trabalho para profissionais altamente qualificados; falta de infraestrutura como

³⁴⁵ IMMIGRATION AND REFUGEE BOARD OF CANADA, *Op cit.*, 2012, p. 05.

³⁴⁶ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS, *Op. cit.*, 2012, p.05.

³⁴⁷ HUMAN RIGHTS WATCH, *Op. cit.*, 2005, p. 11-13.

³⁴⁸ TESÓN, Fernando R. **Brain Drain**. San Diego Law Review, Vol. 45, No. 4, 2008 . FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 332. Disponível em:

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1324979>. Acesso em: 25 jun. 2014. p.01-03

³⁴⁹ LIU, *Op. Cit.*, 2007, p. 77.

bibliotecas, laboratórios e equipamentos de alta tecnologia; a possibilidade de estarem mais próximos dos estudos mais atualizados; dentre outras. Um ponto crucial para a “fuga de cérebros”, no entanto, são as profundas desigualdades econômicas e sociais entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento.³⁵⁰

No caso cubano especificamente, o Estado acusa os Estados Unidos de promover uma política antiética de “roubos” de cérebros fundamentais para o desenvolvimento da ilha e assédio de profissionais de saúde cubanos que prestam serviços humanitários em países menos desenvolvidos.³⁵¹ As medidas restritivas, portanto, seriam necessárias para evitar a escassez de profissionais qualificados, diante de uma política norte-americana de concessão de 20.000 vistos anuais para cubanos.

A acusação não é de todo leviana. Em agosto de 2006, os Estados Unidos lançaram o *Cuban Medical Professional Parole Program*, programa que se volta especificamente para profissionais de saúde cubanos, que estejam servindo ou estudando em um terceiro país sob a direção do Estado cubano, e que prevê a concessão de vistos especiais para residência nos Estados Unidos.³⁵² Para além da rivalidade política com o regime cubano, dentre os motivos por trás deste programa está também um benefício financeiro indireto para o Estado americano. Segundo o Diretor do Programa de Refúgio Cubano, em 1967, toda a educação de um médico americano custava para os cofres públicos em torno de 40 mil dólares, enquanto que contratar um médico cubano igualmente qualificado custava apenas 300 dólares (preço do curso de adaptação para exercer a medicina nos Estados Unidos). A economia de recursos, portanto, é gritante, e se aplica a diversos outros setores profissionais, tornando bastante vantajosa a política de atração de profissionais cubanos para os Estados Unidos.³⁵³

Diante do confronto entre o interesse estatal de preservação da sua mão de obra qualificada e da proteção ao direito humano de saída de qualquer país, inclusive do próprio, a doutrina não é uníssona a respeito da legitimidade da restrição das saídas, sendo possível identificar três correntes de opiniões.

Uma primeira linha defende que o interesse do Estado deve prevalecer neste caso porque a comunidade que investiu no profissional teria, supostamente, um direito subjetivo de se beneficiar do seu talento. Esta visão parte da premissa contratualista de que, se o indivíduo

³⁵⁰ MUBANGA-CHIPOYA, *Op. cit.*, 1988, p.84-85.

³⁵¹ REYES, Rodolfo Romero. **Los cerebros se roban o se fugan? Acaso no es lo mismo?** Cuba Debate. 26 set. 2012. Disponível em: < <http://www.cubadebate.cu/especiales/2012/09/26/los-cerebros-%C2%BFse-roban-o-se-fugan-%C2%BFacaso-no-es-lo-mismo/#.U6mKafldXZ1>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

³⁵² DEPARTAMENTO DE ESTADO DOS ESTADOS UNIDOS. Cuban Medical Professional Parole Program. 26 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.state.gov/p/wha/rls/fs/2009/115414.htm>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

³⁵³ THOMAS, *Op. cit.*, 1967, p. 54.

aceita receber treinamento altamente especializado às custas do governo, haveria uma obrigação de, posteriormente, colocar o seu conhecimento em prática no país que lhe proporcionou este conhecimento, ao menos por um determinado período de tempo. A questão da segurança nacional é também invocada por esta corrente que defende que o Estado teria direito a proibir a saída de pessoas cujo conhecimento poderia ser utilizado por Estados hostis ou inimigos. Em todo caso, no entanto, seria preciso comprovar a existência de uma efetiva ameaça à segurança nacional.³⁵⁴

A segunda linha de pensamento adota a opinião de que um país tem o direito de adotar determinadas medidas para desestimular a saída dos seus nacionais, sendo, porém, contrários à adoção de restrições diretas ao direito de saída do território. Neste sentido, vistos de saída seriam medidas reprocháveis e violadoras do direito internacional, admissíveis apenas em casos de situações de emergência, de modo que, por exemplo, médicos poderiam ser proibidos de sair durante a epidemia de uma doença.³⁵⁵ Por outro lado, defendem como legítimo impor medidas que aumentam os custos da emigração, a saber: incidência de taxas especiais sobre os rendimentos auferidos no exterior; isenção de taxas e incentivos ao empreendedorismo voltados a cidadãos que retornam ao país; e cooperação internacional entre os países, para assegurar que os que perdem profissionais receberão compensações dos países que os recebem.³⁵⁶

A terceira corrente, por fim, rejeita categoricamente toda e qualquer limitação ao direito de saída de qualquer indivíduo, independentemente do nível de educação ou conhecimentos técnicos, com base no argumento fundamental de que o talento de um indivíduo só pertence a ele próprio, e não à comunidade ou o Estado onde ele foi educado.³⁵⁷ Esta linha rejeita o argumento contratualista da reciprocidade, ou seja, de que quem recebe algo de um contexto proporcionado pelo Estado fica em dívida com a comunidade. Primeiro, porque não se poderia falar que a pessoa assumiu uma obrigação voluntária ao aproveitar o que as instituições de ensino do país tinham a oferecer. Por um lado, o governo obriga os contribuintes a financiar a educação pública através de impostos, sem que eles tenham um direito de escolha equivalente sobre o destino destes impostos. Em razão disso, não poderiam se sentir em dívida com a oferta de um sistema de educação público que, em última instância, é algo que lhes foi imposto.³⁵⁸

³⁵⁴ INGLÉS, *Op. cit.*, 1963, p.44-45.

³⁵⁵ TESÓN, *Op. cit.*, 2008, p. 06-08.

³⁵⁶ LIU, *Op. cit.*, 2007, p. 79.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 78.

³⁵⁸ TESÓN, *Op. cit.*, 2008, p. 24.

O fato de que outras pessoas se engajaram, sem o meu consentimento, em atividades das quais eu posso ser um beneficiário não cria para mim qualquer obrigação, especialmente se eu não tiver concordado, se eu não pude me manifestar sobre o que outras pessoas decidiram fazer, e se eu sequer tenho controle sobre se irei receber este benefício ou não. E pensar que essa obrigação seria *exigível*, talvez para se evitar a saída do país, é ainda mais objetável.³⁵⁹

Dessa forma, o Estado não teria o direito de encarcerar um indivíduo dentro das fronteiras de um país porque, se ele chegou a ser um profissional altamente qualificado, seria por uma combinação do seu talento pessoal – algo que está fora do alcance do aparato estatal – com um contexto que lhe foi proporcionado de uma maneira impositiva. Esta terceira linha de pensamento é a única que se mostra efetivamente afinada com a proteção internacional dos direitos humanos, pois compreende que o indivíduo não pode ser tratado como um objeto traduzido em valor econômico para um Estado. Neste sentido, mesmo restrições temporais são objetáveis, pois configuram uma intromissão do Estado na liberdade, projetos pessoais e sonhos de vida do indivíduo.

No entanto, é certo que não se pode também adotar uma postura radical que defende que a liberdade para sair do país seria um direito absoluto independentemente de qualquer circunstância externa. Tanto é assim que, como visto anteriormente, o próprio artigo 12(3) do Pacto de 1966 menciona as restrições que se aplicam, inclusive, ao direito de saída do território de um Estado.

Circunstâncias bastante excepcionais podem, de fato, levar a limitações temporais no direito de saída de um profissional do país. Veja-se, por exemplo, o caso da África do Sul, cuja legislação obriga os médicos recém-formados a prestar serviços à população, pelo prazo de um ano, como pré-requisito para sair do país. O Estado sul-africano, no entanto, vivencia uma acentuada escassez de médicos nas zonas rurais, a ponto de ser obrigado a importar médicos de outros países através de programas de cooperação.³⁶⁰ Diante destas circunstâncias que afetam a saúde pública do país, e havendo a previsão em lei do cumprimento de uma obrigação pelo período determinado de um ano, a restrição à saída dos médicos sul-africanos é proporcional aos objetivos que se presta a atender, sem implicar um gravame excessivo na liberdade de movimento dos indivíduos.

³⁵⁹ Tradução livre. Original em inglês: “*The fact that others have, without my consent, engaged in activities from which I benefit surely does not create an obligation on me, especially if I have not agreed, if I have no say on what others decide to do, and if I sometimes even have no control over whether I receive the benefit or not. And to think about such obligation as enforceable, perhaps in the name of preventing free riding, is even more objectionable*”. *Idem*.

³⁶⁰ RETTER, *Op. cit.*, 2009, p. 679-680.

Para avaliar a legitimidade das restrições impostas pela legislação cubana, é necessário, portanto, coletar alguns dados relativos aos profissionais qualificados do país. Tome-se o exemplo dos profissionais que mais relatam restrições à liberdade de movimento, os profissionais de saúde: em maio de 2013, existiam 535.305 trabalhadores cubanos da área da saúde, o que corresponde a 7.0% da população ativa do país.³⁶¹ Esta cifra só é maior no Principado de Mônaco. Logo, o número de profissionais atuando no Estado está longe de justificar uma medida restritiva para preservação da ordem ou saúde públicas.

Na realidade, Cuba está tão abastada em termos de profissionais de saúde que um dos mais valiosos instrumentos de política externa do país é a chamada “Diplomacia Médica”, através da qual o Estado “empresta” médicos a países menos desenvolvidos – um negócio cujos lucros chegam a 2,3 bilhões de dólares por ano.³⁶² A exportação de serviços médicos para a Venezuela estaria, inclusive, assegurando a sobrevivência do Estado que por muito tempo lutou para superar o boicote econômico capitaneado pelos Estados Unidos: em troca da cessão de 30.000 médicos, Cuba recebe da Venezuela 90.000 barris de petróleo por dia.³⁶³

Nota-se, assim, que ainda que uma grande quantidade de médicos emigrasse do país, dificilmente Cuba enfrentaria uma situação de emergência pública no setor. Os motivos por trás da política de restrição das saídas são eminentemente econômicos e tem reduzido a sua população a meras fontes de renda para o Estado. Diante do exposto, não se vislumbra qualquer razão relacionada à segurança nacional, preservação dos direitos de terceiros ou ordem, saúde ou moral públicas que justifiquem uma restrição generalizada ao direito de saída dos seus cidadãos.

Não se pode perder de vista, portanto, que a regra geral é o exercício irrestrito do direito, cabendo às limitações a posição de atuarem apenas como exceções. Uma inversão desta regra configura violação aos direitos humanos dos indivíduos.

Em um país com elevados índices de emigração, o custo destas restrições acaba sendo muito alto para a população. No caso cubano, muitas famílias acabaram separadas em países distintos, fazendo o tema da saída do país se tornar uma fonte de temor e angústia generalizados na população e um instrumento de efetivo controle social e repressão política por parte do Estado.

³⁶¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Estratégia de Cooperación – Cuba**. Maio 2013. Disponível em: <http://www.who.int/countryfocus/cooperation_strategy/ccsbrief_cub_en.pdf?ua=1>. Acesso em: 22 jun. 2014.

³⁶² RETTER, *Op. cit.*, 2009, p.687.

³⁶³ GROLL, Elias. Cuba’s greatest export? Medical diplomacy. **Foreign Policy**. 07 maio 2013. Disponível em: <http://blog.foreignpolicy.com/posts/2013/05/07/cuba_doctors_brazil_export_medical_diplomacy>. Acesso em: 26 jun. 2014.

Além dos desafios emocionais da separação, esforços para contornar as restrições podem acabar sendo muito caros, se a fuga do país envolver enfrentar os perigos do alto-mar ou o pagamento de subornos exorbitantes aos oficiais corruptos para obter autorizações de viagem. Diante destas possibilidades, e do medo de uma separação prolongada da família, as restrições de viagem em Cuba acabam munindo as autoridades com uma ferramenta poderosa para o controle do que os cidadãos dizem a respeito do governo. Um ativista de direitos cubano, que teve seu pedido de viagem para visitar a família na Florida negado, descreveu a política de viagens como uma “arma de controle para intimidar, reprimir e controlar vários tipos de atividades”. Da mesma forma, a proeminente neurologista que teve o pedido de saída negado descreveu a restrição às viagens como “uma forma de chantagem psicológica” que desencoraja as pessoas a criticar o governo. “Eles pensam que ao se calarem e agradarem o governo, talvez um dia o governo lhes conceda a autorização”.³⁶⁴

No entanto, por mais penosas que sejam as consequências do controle estatal, o mesmo não é suficiente para conter impulsos dos seres humanos de migrar para outros países, tanto em busca de proteção por motivos de perseguição, quanto por razões econômicas, pessoais ou familiares.

Conforme demonstrado no item anterior, Cuba é um país que historicamente vivenciou inúmeros processos de emigração em massa, por diversos motivos políticos, econômicos e sociais. Logo, nem mesmo a legislação que restringe o direito de saída do país foi capaz de conter aquele fenômeno e os processos emigratórios continuaram e ainda continuam até hoje. Importa, neste sentido, analisar as consequências impostas contra quem se aventura a uma saída irregular daquela ilha.

3.4.2 Proibição do retorno e apatridia de facto no caso cubano

De acordo com o artigo 21 da Lei de Migração, cuja redação foi mantida mesmo após a reforma, as pessoas que infringem as disposições relativas à saída ou entrada no país estão sujeitas a uma multa administrativa, sem prejuízo da responsabilidade penal aplicável.³⁶⁵ O

³⁶⁴ Tradução livre. Original em inglês: “In addition to the emotional hardship of separation, efforts to circumvent the restrictions can prove very costly, whether it is the grave dangers faced fleeing the country on the high seas or the exorbitant bribes paid to corrupt officials to arrange travel permits. Given these possibilities, and the fear of prolonged separation from family, Cuba’s travel restrictions provide the authorities with a powerful tool for controlling what its citizens say about the government. One Cuban rights advocate who has been denied permission to visit his family in Florida, described the travel policy as a “weapon of deterrence used to intimidate, repress, and control various types of activities. Similarly, the prominent neurologist who was denied an exit visa described the restriction on travel as “a form of psychological blackmail” that discourages people from criticizing the government. ‘They think that if they shut up and please the government maybe someday the government will give them permission.’”. HUMAN RIGHTS WATCH, *Op. cit.*, 2005, p. 03.

³⁶⁵ “Artículo 21.-A los que infrinjan cualesquiera otras de las disposiciones de esta Ley y su Reglamento, les será impuesta una multa administrativa de hasta cien pesos (\$100.00) sin perjuicio de la responsabilidad penal en que puedan haber incurrido”. CUBA, *Op. cit.*, 1976.

Código Penal de 1988, por sua vez, criminaliza as condutas de ingresso e saída irregular do território cubano, com penas privativas de liberdade que variam de um a oito anos, além de multa.³⁶⁶

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos se pronunciou sobre as disposições do Código Penal cubano em seu Informe Anual de 2012, onde ressaltou o seu rechaço à legislação que restringe o direito humano de residência e trânsito e afirmou que toda detenção decorrente de restrições a estes direitos são consideradas arbitrárias de acordo com o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.³⁶⁷

Com efeito, a aplicação prática destes dispositivos penais aos casos de pessoas que tentam deixar o país ilegalmente é confirmada pela Comissão Cubana de Direitos Humanos e Reconciliação Nacional que, em 2011, reportou que aproximadamente 300 cidadãos cubanos foram multados, aguardam julgamento ou encontravam-se presos em razão da tentativa de saída do país sem autorização. Aqueles que tentaram emigrar através da Base Naval de Guantánamo sofreram ainda intimidações, tendo sido expulsos de escolas, ou perdido o emprego.³⁶⁸

Ao contrário do que possa parecer, as previsões do Código Penal não são as consequências mais graves que um cidadão cubano que emigra irregularmente pode vir a enfrentar. Aqueles que são interceptados na fuga sofrem, de fato, punições inadmissíveis diante do fato de que estavam tentando exercer um direito legítimo e fundamental do indivíduo. No entanto, após o cumprimento da pena, eles ao menos terão a oportunidade de reconstruir suas vidas no país de nacionalidade. Os cubanos que conseguem concluir o processo de emigração irregular, no entanto, sofrerão uma pena de consequências muito mais

³⁶⁶ “Artículo 215.1.- El que, sin cumplir las formalidades legales o las disposiciones inmigratorias, entre en el territorio nacional, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas.2. Está exento de responsabilidad penal el que realiza el hecho descrito en el apartado anterior en busca de asilo.”; “Artículo 216.1.- El que, sin cumplir las formalidades legales, salga o realice actos tendentes a salir del territorio nacional, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas.2. Si para la realización del hecho a que se refiere el apartado anterior, se emplea violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, la sanción es de privación de libertad de tres a ocho años.3. Los delitos previstos en los apartados anteriores se sancionan con independencia de los que se cometan para su ejecución o en ocasión de ella.”; “Artículo 217.1.- El que organice, pro-mueva o incite la salida ilegal de personas del territorio nacional, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años.2. El que preste ayuda material, ofrezca in-formación o facilite de cualquier modo la salida ilegal de personas del territorio nacional, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas”. CUBA. **Ley n. 62 – Código Penal.** 30 abr. 1988. Disponível em: <http://www.gacetaoficial.cu/html/codigo_penal.html>. Acesso em: 21 jun. 2014.

³⁶⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Op. cit.*, 2013. p. 341.

³⁶⁸ DEPARTAMENTO DE ESTADO DOS ESTADOS UNIDOS. **2010 Country Reports on Human Rights Practices – Cuba.** 08 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4da56dd4a5.html>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

devastadoras, que vão desde a perda de todos os direitos mais básicos à sua sobrevivência em Cuba até a perda do direito de residência em seu próprio país.

Desde a promulgação da legislação de 1970, os cubanos que deixavam o país sem a autorização do Estado, abandonavam missões oficiais a serviço do governo cubano ou que excediam o prazo máximo de 11 meses de estadia no exterior eram sujeitos a penas extremamente gravosas. Primeiro, considerava-se que os cidadãos que não regressavam no prazo autorizado haviam abandonado o país, o que, de acordo com a Lei 989 de 1961, autorizava o Estado a confiscar todos os bens do indivíduo.³⁶⁹ Segundo, como a legislação impunha a todos os cubanos que saíram do país a obrigação de solicitarem previamente uma autorização de retorno, mesmo às pessoas que emigraram regularmente, aqueles que emigraram irregularmente não podiam solicitar o retorno e eram, na prática, banidos indefinidamente.³⁷⁰

Nos casos de cubanos que emigraram irregularmente - sem autorização ou que excederam o prazo máximo de estadia no exterior - e que excepcionalmente conseguiram retornar ao país, o destino que os aguarda é o de suspensão dos seus direitos em Cuba. No momento da saída do país, os cubanos são obrigados a deixar em território nacional a sua carteira de identidade, pois a saída com o documento é considerada ilegal. A carteira de identidade é o documento que autoriza o acesso a todos os serviços públicos, incluindo-se saúde, emprego, educação e até mesmo alimentação. Logo, quando o indivíduo emigra de maneira irregular, o seu cartão de identidade é confiscado pelas autoridades cubanas, deixando o cidadão que retorna em um limbo jurídico, sem acesso a serviços básicos e fundamentais à sua própria sobrevivência.³⁷¹

A política migratória, contudo, previa algumas hipóteses nas quais pessoas que fixaram residência no exterior – desde que regularmente - poderiam retornar a Cuba. O cubano que fixou residência permanente em outro país em razão de casamento com pessoa estrangeira, ou que adquiriu outra nacionalidade, poderia regressar a Cuba, mas apenas em

³⁶⁹ “Artículo 1: Corresponde al Ministerio del Interior otorgar los permisos de salida y regreso de las personas que el territorio nacional. Si el regreso no se produjera dentro del término por el cual ha sido autorizada la salida, se considera que se ha abandonado el país.

Artículo 2: En los casos de las personas comprendidas en el párrafo segundo del Artículo 1, todos sus bienes inmuebles o de cualquier otra clase, derechos, acciones y valores de cualquier tipo se entenderán nacionalizados, mediante confiscación a favor del Estado Cubano, los cuales se asignaran a los organismos correspondientes”. CUBA. **Ley n. 989**. 05 dez. 1961. Disponível em:

<http://diasporaydesarrollo.org/index.cfm/files/serve?File_id=d9c25cda-4307-4dbe-8425-9ecc9fa2ec34>.

Acesso em: 21 jun. 2014.

³⁷⁰ IMMIGRATION AND REFUGEE BOARD OF CANADA, *Op cit.*, 2012, p. 03-05.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 06-07.

regime de visita, pelo prazo de 30 dias, renováveis por mais 30 dias.³⁷² Em se tratando de um cubano que adquiriu outra nacionalidade, a previsão normativa era compreensível, na medida em que o artigo 32 da Constituição de Cuba³⁷³ dispõe que a dupla nacionalidade não é admitida e que, em casos tais, ocorrerá a perda da nacionalidade cubana. No entanto, no caso dos cubanos que apenas fixaram residência permanente em outro país, sem aquisição de uma nova nacionalidade, a previsão era, novamente, violadora do direito fundamental de retorno ao país de nacionalidade, já que somente poderiam retornar em passagens temporárias.

O restabelecimento da residência definitiva em Cuba estava adstrito aos casos de pessoas maiores de 60 anos que possuíssem parentes ou meios de subsistência em Cuba e que nunca participaram em “atividades hostis” ao Estado cubano; jovens de até 16 anos; pessoas que foram vítimas de sequestros ou foram ilegalmente retiradas de Cuba quando menores; e casos excepcionais, por razões humanitárias.³⁷⁴

De acordo com estas regras, os “desertores” não poderiam obter autorizações de regresso – pois haveriam cometido “atividades hostis”. Para além de todas as privações que este cubano sofrerá em um país estrangeiro, que não lhe estende os mesmos direitos dos seus próprios nacionais, essa política também afetava gravemente os cidadãos que, ao emigrar, se separaram de suas famílias. A Human Rights Watch coletou relatos de diversos cubanos que emigraram ilegalmente e deixaram seus filhos menores na ilha e os testemunhos confirmam que, posteriormente, quando tentaram retornar para buscar seus filhos, foram impedidos. Da mesma forma, por terem pais emigrantes ilegais, os filhos eram impedidos de deixar o país.³⁷⁵

A reforma migratória, por sua vez, trouxe consigo algumas novidades e a positivação de regras que, apesar de adotadas na prática, não estavam previstas em nenhum instrumento normativo.

Inicialmente, o Decreto 302 traz em sua Quarta Disposição Final³⁷⁶ a derrogação da Lei 989, que dispunha sobre o confisco de bens das pessoas que saem do país de maneira

³⁷² *Ibidem*, p.04.

³⁷³ “Artículo 32o.- Los cubanos no podrán ser privados de su ciudadanía, salvo por causas legalmente establecidas. Tampoco podrán ser privados del derecho a cambiar de ésta. No se admitirá la doble ciudadanía. En consecuencia, cuando se adquiriera una ciudadanía extranjera, se perderá la cubana. La ley establece el procedimiento a seguir para la formalización de la pérdida de la ciudadanía y las autoridades facultadas para decidirlo.” CUBA. **Constitución de la República de Cuba**. 24 fev. 1976. Disponível em: <<http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

³⁷⁴ IMMIGRATION AND REFUGEE BOARD OF CANADA, *Op. cit.*, 2012, p. 04.

³⁷⁵ HUMAN RIGHTS WATCH, *Op. cit.*, 2005, p. 14-16.

³⁷⁶ “Disposición Final. Cuarte: Se deroga la Ley No. 989 de fecha 5 de diciembre de 1961, que dispone la nacionalización mediante confiscación a favor del Estado cubano, de los bienes, derechos y acciones de los que se ausenten con carácter definitivo del país, y cuantas otras disposiciones legales se oponen a lo dispuesto en el presente Decreto-Ley.”

definitiva. A medida é parte de uma reforma mais ampla realizada anteriormente, que permitiu que cubanos, independentemente da intenção de emigrar, pudessem vender, doar, ceder ou emprestar seus bens a terceiros. No caso dos emigrados, a propriedade passa a ser adjudicada apenas temporariamente pelo Estado, com o intuito de transmiti-la ao familiar ou pessoa que tenha direito à sucessão do bem, nos termos da lei.³⁷⁷

A obrigatoriedade de obter uma autorização prévia de entrada no território cubano, no entanto, manteve-se vigente.³⁷⁸ Em se tratando de estrangeiros, caberia solicitar o visto pertinente nas representações consulares, enquanto que no caso dos nacionais cubanos a lei passou a exigir uma “habilitação do passaporte” para que o retorno ao país fosse viabilizado.³⁷⁹ Ou seja, não apenas a saída, mas também o retorno continuam plenamente controlados – o único que efetivamente mudou foi a nomenclatura do instrumento de controle.

Aqueles que emigraram regularmente são tratados como se ainda tivessem direitos de residência em Cuba. Neste caso, o seu retorno é autorizado nos moldes da política anterior, em regimes de visitas, só que atualmente o prazo foi ampliado para 180 dias, passível de prorrogação.³⁸⁰

A nova legislação conceitua o “cidadão emigrado” como uma categoria diferenciada dos cidadãos que fixaram residência no exterior com a devida autorização do Estado. De acordo com os novos dispositivos da lei migratória, o “cidadão emigrado” é o cubano que viaja ao exterior por razões particulares e permanece de forma ininterrupta por um tempo superior ao limite máximo de 24 meses, sem a autorização correspondente; ou quando fixa residência no exterior sem cumprir as normas migratória vigentes.³⁸¹

Aquela não foi uma diferenciação despropositada. O seu objetivo principal foi traçar uma linha divisória entre aqueles que deixaram a ilha por razões com as quais o Estado anuiu e aqueles que desafiaram o sistema e burlaram a autoridade estatal cubana. A divisão positivada na lei acabou, por um lado, evidenciando que o Estado cubano de fato trata de maneira distinta os seus nacionais emigrados, e, por outro, consolidando uma prática reprochável e atentatória ao direito internacional dos direitos humanos, já que implica, conforme será demonstrado, na proibição de retorno à ilha.

Nos casos dos cubanos que saíram do país e têm a intenção de restaurar sua residência permanente em Cuba, a nova legislação trouxe, de maneira inédita, um procedimento de

³⁷⁷ ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Op. cit.*, 2012, p. 10.

³⁷⁸ De acordo com o Artigo 43 do Decreto n. 26.

³⁷⁹ De acordo com a nova redação do Artigo 44 do Decreto n. 26.

³⁸⁰ De acordo com a nova redação do Artigo 47.1 do Decreto n. 26.

³⁸¹ De acordo com o Artigo 9.2 inserido após a reforma na Lei 1312.

solicitação de retorno definitivo, regulamentado pela nova redação do Decreto 26 e pela Resolução n. 44.

O pedido de repatriação pode ser iniciado em qualquer representação consular ou diplomática, ou no Ministério do Interior, caso a pessoa já se encontre em território cubano³⁸² - no caso, por exemplo, de um cidadão emigrado regularmente e que retorna em regime de visita.

Para registrar o pedido de retorno, o interessado deve apresentar uma solicitação; um passaporte válido; informar a pessoa de referência em Cuba que irá se responsabilizar por lhe garantir moradia e subsistência até que o retornado passe a receber rendimentos próprios; pagar as taxas consulares³⁸³ e informar a via utilizada para emigrar³⁸⁴.

Não há qualquer referência aos critérios que serão levados em consideração na análise do pedido. A vagueza do regulamento reflete a manutenção de uma política de conferir amplos poderes à autoridade estatal, cuja principal consequência é uma considerável limitação da capacidade dos cidadãos de contestarem as suas decisões tomadas pelo Estado cubano, afinal, não sabem quais critérios deixaram ou não de cumprir para reabilitar a residência no país. Ainda assim, tem-se ao menos uma mínima certeza no que tange à resposta estatal, pois as autoridades passam a ter um prazo de 90 dias para dar uma resposta às solicitações e notificar o interessado.³⁸⁵

O propósito da diferenciação entre os cubanos emigrados e os cubanos que fixaram residência no exterior ficou evidente a partir da inserção de um novo dispositivo na lei migratória que trata, pela primeira vez, ao menos de maneira explícita, das categorias de pessoas cujo retorno ao país é considerado inadmissível:

Artigo 24.1.- (Adicionado) Para efeitos de entrada no território nacional, resulta inadmissível toda pessoa que se encontre compreendida em alguma das seguintes categorias:

- a) Possuir antecedentes de atividades terroristas, tráfico de pessoas, narcotráfico, lavagem de dinheiro, tráfico de armas ou outras condenáveis internacionalmente.
- b) Estar vinculado a atos contra a humanidade, a dignidade humana, a saúde coletiva ou condenáveis em virtude de tratados internacionais dos quais Cuba é parte.
- c) Organizar, estimular, realizar ou participar em ações hostis contra os fundamentos políticos, econômicos ou sociais do Estado cubano.

³⁸² De acordo com a nova redação dos Artigos 48.1 e 49 do Decreto n. 26.

³⁸³ De acordo com o Artigo 2º da Resolução n. 44.

³⁸⁴ De acordo com o Artigo 3º da Resolução n. 44.

³⁸⁵ De acordo com a nova redação do Artigo 50 do Decreto n. 26.

- d) Quando razões de Defesa e Segurança Nacional assim o aconselhem.
- e) Ter sua entrada proibida no país, por haver sido declarado como indesejável ou expulso.
- f) Descumprir as regulações da Lei de Migração, seu Regulamento e as disposições complementares para a entrada no país.

Importa notar que o *caput* do dispositivo fala em “toda pessoa”, ao contrário do que ocorre nos artigos anteriores, que mencionam explicitamente a sua aplicação a “cidadãos cubanos” ou “estrangeiros”. Conclui-se, portanto, que as suas provisões aplicam-se tanto a estrangeiros, quanto a cidadãos cubanos – o que, a priori, já é uma violação à proibição do banimento pois o artigo fala apenas das pessoas cuja entrada no território é inadmissível.

As mesmas ambiguidades e termos vagos que permeiam as restrições ao direito de saída se repetem nas restrições ao direito de retorno: segurança e defesa nacional, participação em hostilidades contra o Estado e ser uma pessoa indesejável se tornam motivos oficiais para impedir a entrada de uma pessoa, ainda que ela seja um nacional cubano.

O subitem “f”, por sua vez, faz desmoronar qualquer argumento de que houve uma mudança substancial no regime migratório cubano: as mesmas pessoas que descumpriam a lei migratória saindo irregularmente do país, e que eram punidas com o exílio, continuarão a ser inadmitidas no Estado pelo mesmo motivo de haver descumprido a lei migratória.

A análise dos aspectos que foram positivados na legislação migratória após as reformas já reúne substrato suficiente para declarar que o Estado cubano ignora completamente o direito fundamental de retorno ao próprio país. No entanto, durante o primeiro pronunciamento oficial do governo após a publicação das reformas migratórias, foram anunciadas regras que não se encontram positivadas em lugar algum, mas que serão aplicadas pelas autoridades cubanas, oficializando a política de banimento de seus nacionais.

Naquela ocasião, o governo anunciou que os cubanos que deixaram o país após o ano de 1994 e os profissionais e atletas que abandonaram missões oficiais após 1990 poderão retornar ao país após o transcurso de oito anos, contados da data da saída irregular ou abandono da missão. As pessoas que emigraram através da Base Naval de Guantánamo, no entanto, continuarão banidas indefinidamente, por razões de segurança nacional.³⁸⁶

Recorde-se que dentre os requisitos para iniciar o processo de solicitação de restauração do direito de residência na ilha está contida a previsão, aparentemente inocente, de “informar a via utilizada para emigrar”. Com este elemento, o Estado poderá controlar a

³⁸⁶ CUBA DEBATE, *Op. cit.*, 2012^a, p. 08.

exclusão dos emigrantes que são uma “ameaça à segurança nacional” e decretar a sentença de morte dos seus direitos fundamentais com a proibição definitiva de retorno.

A questão da perda dos direitos civis dos cubanos que abandonam missões oficiais chegou a ser analisada pelo Tribunal Arbitral do Esporte no caso *Angel Perez vs. Comitê Olímpico Internacional*, no ano 2000.

Em síntese, Angel Perez nasceu em Cuba, tendo adquirido a nacionalidade cubana e se tornado um atleta daquele país. Em 1993, após uma competição no México, Perez não retornou a Cuba e buscou refúgio nos Estados Unidos. Ali, se casou com uma cidadã americana, com quem teve um filho, terminando por se naturalizar estadunidense alguns anos depois. Em razão de regras da Carta Olímpica, que dispõem que atletas naturalizados devem aguardar um prazo de 03 anos antes de representar o novo Estado de nacionalidade em competições internacionais, Perez foi impedido de competir representando os Estados Unidos nas Olimpíadas da Austrália, em 2000.

O Tribunal Arbitral do Esporte foi, então, por ele acionado, solicitando que, primeiro, fosse reconhecido que a sua naturalização como estadunidense ocorreu há mais de três anos. Subsidiariamente, no entanto, Perez solicitou que fosse reconhecido que, a partir do momento em que desertou da missão esportiva no México e migrou para os Estados Unidos, ele teria se tornado um apátrida, porque haveria perdido no momento da deserção todos os direitos civis inerentes aos nacionais de Cuba.³⁸⁷

Após analisar a legislação cubana, o Tribunal Arbitral ponderou que os cubanos que desertam missões oficiais estavam sujeitos à pena de prisão e apenas poderiam retornar ao país em posse de um visto emitido pelo Departamento Cubano de Imigração. Além disso, pontuou-se que cubanos vivendo no exterior não poderiam ser proprietários de bens ou negócios em Cuba e aqueles que abandonam definitivamente o país têm todas as suas propriedades confiscadas.³⁸⁸

Partindo deste pressuposto, o Tribunal Arbitral salientou que a nacionalidade não pode ser compreendida como um símbolo de propriedade do Estado sobre os indivíduos, tampouco autoriza que os governantes utilizem os indivíduos como instrumentos da sua política. Para aquela corte, Cuba estaria privando Perez dos direitos civis mais fundamentais, como a liberdade de movimento e o respeito à propriedade.

³⁸⁷ TRIBUNAL ARBITRAL DO ESPORTE. **Arbitration CAS ad hoc Division (O.G. Sydney) 00/005 Angel Perez / International Olympic Committee (IOC)**. Decisão de 19 set. 2000. Disponível em: <<http://jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw/Shared%20Documents/OG%2000-005.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2014. p.01-03.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 05-06.

Diante do exposto, o Tribunal destacou que a noção de nacionalidade deve ser interpretada de maneira bastante ampla, de modo a permitir uma interpretação de que uma pessoa pode ser apátrida tanto *de jure* quanto *de facto*. A conclusão do Tribunal, portanto, foi no sentido de que o Sr. Perez teria se tornado um apátrida *de facto* em razão da sua deserção, pois deixou de ser, efetivamente, um nacional de Cuba, apesar de, formalmente, ainda possuir o vínculo de nacionalidade com aquele Estado.³⁸⁹

Para finalizar, importa fazer referência a uma decisão da Corte Suprema dos Estados Unidos no caso *Trop vs. Dulles*, cujos argumentos conseguem demonstrar de uma maneira extremamente sensível a dimensão da pena de expatriação sobre um ser humano.

O caso concreto dizia respeito a um cidadão americano que, em tempos de guerra, desertou do serviço militar na Marinha dos Estados Unidos, tendo sido julgado e condenado por uma corte marcial. A pena aplicada consistiu na sua dispensa desonrosa do serviço militar e conseqüente cancelamento da sua nacionalidade americana, sem que o cidadão tenha feito qualquer requerimento neste sentido, e tampouco tenha adquirido outra nacionalidade.³⁹⁰

Em que pese no caso cubano o cancelamento da nacionalidade não ser aplicável como penalidade pela imigração irregular, os casos se assemelham na medida em que o Estado, com todo o seu poder de determinação do vínculo de nacionalidade, colocou o indivíduo numa posição desvalida, privando-lhe de um direito fundamental à sua própria subsistência, apenas porque sua ação confrontou uma imposição daquele ser soberano.

A Corte suprema considerou que a deserção – que neste caso pode ser equiparável à saída de Cuba ou abandono de missões oficiais – não significava, necessariamente o estabelecimento de um vínculo de lealdade com um Estado estrangeiro. O ato de descumprir uma obrigação para com o seu Estado, portanto, não teria sido suficiente para promover uma dissolução do vínculo que mantinha com ele.³⁹¹

A cidadania não é uma licença que expira com a desobediência. Os deveres da cidadania são inúmeros, e o cumprimento de muitas dessas obrigações é essencial à segurança e bem-estar da nação. O cidadão que não paga seus impostos ou não cumpre as leis que garantem a integridade das eleições defere um perigoso golpe no seu país. Mas será que um cidadão poderia ser privado da sua nacionalidade por haver descumprido essas responsabilidades básicas da cidadania? [...] A cidadania não é perdida cada vez que se furtam a um dever da cidadania. E a privação da cidadania não é uma arma que o Governo pode utilizar para expressar o seu

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 07.

³⁹⁰ SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. **Trop v. Dulles**. 356 U.S. 86. Decisão de 31 mar. 1958. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/356/86#ZO-356_US_86n33>. Acesso em: 25 jun. 2014.

³⁹¹ *Idem*.

descontentamento com a conduta de um cidadão, por mais repreensível que seja a conduta.³⁹²

A passagem da decisão resume grande parte do argumento que o presente trabalho tentou defender: a nacionalidade não é uma licença que expira com a desobediência à vontade do Estado.

O cidadão é um ser com vontades e desejos próprios, com projetos de vida e identidades pessoais que o fazem transcender a todo tempo os limites daquilo que o vínculo de nacionalidade lhe impõe. Paradoxalmente, no mundo em que vivemos hoje, o ser humano precisa de um vínculo de nacionalidade com um Estado para que toda essa sua complexidade possa aflorar livremente e se apoderar dos instrumentos necessários para fazê-lo atingir o seu ideal de felicidade. Um vínculo meramente formal, entretanto, de nada lhe serve. Sem um vínculo efetivo, que pavimente o caminho para o acesso a direitos o ser humano conviverá com um eterno vazio, que nunca permitirá a realização do seu projeto de vida. Neste contexto, o banimento se torna uma pena “mais primitiva que a tortura pois destrói a existência política do indivíduo que demorou séculos para ser construída”³⁹³.

³⁹² Tradução livre. Original em inglês: “*Citizenship is not a license that expires upon misbehavior. The duties of citizenship are numerous, and the discharge of many of these obligations is essential to the security and wellbeing of the Nation. The citizen who fails to pay his taxes or to abide by the laws safeguarding the integrity of elections deals a dangerous blow to his country. But could a citizen be deprived of his nationality for evading these basic responsibilities of citizenship? [...] But citizenship is not lost every time a duty of citizenship is shirked. And the deprivation of citizenship is not a weapon that the Government may use to express its displeasure at a citizen's conduct, however reprehensible that conduct may be*”. *Idem*.

³⁹³ *Idem*.

CONCLUSÃO

A primeira metade do século XX demonstrou a importância do vínculo de nacionalidade para o reconhecimento da existência do ser humano e garantia efetiva de direitos humanos mais elementares.

Os processos de desnacionalização em massa evidenciaram que a humanidade do indivíduo, ao contrário do que apregoavam as declarações sobre direitos humanos, dependia diretamente do vínculo com uma comunidade. Os apátridas e sua “abstrata nudez de ser unicamente humano” deixavam de ser tratados como semelhantes e perdiam o acesso a todos os direitos. A nacionalidade, portanto, era em si mesma o direito a ter direitos.

Ao mesmo tempo em que a nacionalidade se mostrou um fator fundamental para a existência humana, ela também o era para a existência do Estado, que dependia de uma dimensão territorial e pessoal para assegurar a afirmação da sua soberania.

A estrita correlação entre nacionalidade e preservação da soberania estatal fez com que aquele primeiro elemento ficasse por muito tempo encerrado no domínio reservado da jurisdição doméstica dos Estados. Tensões entre a proteção internacional dos seres humanos e a soberania nacional, no entanto, provocaram o direito internacional a adentrar na seara da nacionalidade, tamanha era a importância deste vínculo para a preservação dos direitos humanos.

Inicia-se a construção de um raciocínio segundo o qual questões de domínio reservado dos Estados, ou seja, de jurisdição doméstica, não necessariamente são temas de interesse exclusivamente doméstico. O desenvolvimento das relações internacionais teria, então, passado a exigir dos Estados o respeito a alguns parâmetros mínimos de determinação da nacionalidade, para que o seu vínculo com um indivíduo, seu nacional, pudesse ser imposto aos demais Estados e surtir efeitos no plano internacional.

Tratados e jurisprudência de cortes internacionais deixaram claro que embora os Estados detenham uma margem de discricionariedade no estabelecimento de legislações sobre nacionalidade, aquela não é absoluta e é balizada pelo direito internacional.

Em um contexto de regulação da nacionalidade pelo direito internacional, desponta a proteção daqueles que foram excluídos de toda e qualquer provisão da comunidade internacional: os apátridas, aqueles que não são reconhecidos por nenhum Estado como seu nacional. A perpetuação das situações de apatridia demonstram, por outro lado, como a

regulamentação do tema da nacionalidade pelo direito internacional ainda é insuficiente e um reflexo de um longo embate entre proteção ao ser humano e soberania nacional.

O histórico da construção dos instrumentos de proteção internacional aos apátridas permite concluir que os Estados, acima de tudo, padeciam de uma incompreensão sobre a condição dos apátridas *de facto* e os possíveis contextos que levariam a esta situação. A partir da análise das discussões, nota-se que os Estados preocupavam-se, essencialmente, em impedir que o voluntarismo do indivíduo que opta livremente por se dissociar do seu Estado de origem viesse a confrontar o poder soberano de um terceiro Estado em decidir quem teria ou não o direito de se vincular à sua comunidade.

O temor coletivo da intromissão do direito internacional nos assuntos internos dos Estados certamente permeou o inconsciente dos participantes das conferências sobre apatridia, levando-os a se opor veementemente a qualquer tentativa de impor-lhes, através da ordem internacional, a obrigação de proteger um estrangeiro que, do seu ponto de vista, já era responsabilidade de outro Estado.

Entretanto, vimos que não há como os Estados, organizações internacionais e demais atores globais continuarem se omitindo diante de uma série de outras circunstâncias que levam o indivíduo a ficar absolutamente desprovido de proteção estatal e que, por diversas razões, não foram contempladas nas Convenções de 1954 e 1961 sobre apatridia.

Os Estados ainda precisam avançar no reconhecimento de que adquirir uma nacionalidade não é a solução dos problemas do indivíduo. Com efeito, o que irá corrigir o problema da apatridia é a aquisição de uma proteção efetiva, que lhe proporcione, ao menos em abstrato, o acesso a todos os direitos cristalizados no direito internacional dos direitos humanos.

Crianças que não obtêm o registro civil de nascimento, casais que não conseguem registrar sua união, refugiados, vítimas de tráfico de seres humanos e pessoas que migram em condições irregulares formam grupos em risco ou em situação de apatridia *de facto*, vivenciando as mesmas nefastas consequências da ausência de vínculo formal com um Estado. A mais atroz de todas elas, sem dúvida, é a impossibilidade de retorno ao único local em que todos os seus direitos podem ser plenamente exercidos: seu país de nacionalidade.

Foi demonstrado que a nacionalidade torna-se inócua se o seu substrato mais fundamental, o direito de residência no Estado com o qual o indivíduo possui aquele vínculo, é alvo de restrições permanentes. Isso porque, os direitos se realizam no plano concreto e, em se tratando dos seres humanos, que são obrigados a habitar o território de algum Estado, a sua

concreção depende do reconhecimento de que é digno da participação na divisão dos bens daquela sociedade. Ao se tornar um cidadão de lugar nenhum, no entanto, o indivíduo não é capaz de efetivar uma gama de direitos que os nacionais podem pleitear dos seus Estados, mas que, no caso dos estrangeiros, não há um respaldo tão amplo no acesso a esses mesmos direitos.

As consequências práticas desta restrição foram expostas a partir da história do cubano Ifraín, na introdução. As razões que o colocaram neste limbo, por sua vez, foram analisadas no último capítulo da pesquisa, em um estudo de caso sobre a legislação migratória cubana.

A compreensão das causas que levaram o Estado a adotar uma legislação migratória restritiva recomenda não tecer conclusões maniqueístas de que toda a política foi desenhada por motivos exclusivamente torpes. Tratava-se de um Estado que após décadas de luta conseguiu romper, em 1959, um ciclo de regimes opressivos que ascendiam e se mantinham em detrimento do bem-estar de toda a população. Em uma época de profunda polarização, a proposta do novo regime de instaurar o socialismo numa ilha a 180 km da maior potência capitalista do mundo era, no mínimo, ousada e corajosa. Os debates em torno dos desdobramentos que se seguiram após a instauração do regime de Fidel Castro, no entanto, são acalorados até hoje e fazem aflorar paixões e iras por todos os lados. A pesquisa buscou manter-se o mais neutra possível em relação à ideologia política e econômica adotada na ilha, pois não foi a sua intenção valorar o sucesso ou não de um dos poucos Estados socialistas do mundo.

O que de fato se buscou demonstrar foi o impacto das medidas que buscavam atender a fins políticos e econômicos sobre os direitos humanos dos cidadãos cubanos. Neste ponto, conclui-se que, de maneira geral, a legislação que data dos anos 1970 é quase que integralmente incompatível com os parâmetros traçados pelo direito internacional para a restrição da liberdade de movimento, no que tange à entrada e saída do seu próprio país. Barreiras burocráticas, procedimentos demorados, taxas extremamente caras, regras obscuras que não são acessíveis à população geral, autoridades com amplo grau de discricionariedade nas decisões e ausência de um mecanismo de revisão da decisão em segunda instância são apenas os primeiros entraves à concretização do direito de saída e retorno do país.

Indubitavelmente, o avanço mais valioso das reformas de 2012-2013 foi a maior transparência nas regras que regem as autorizações de saída e retorno ao território cubano. Apesar de não implicar, necessariamente, uma vitória da legalidade sobre a arbitrariedade estatal, a menção explícita às hipóteses de perda do direito de residência em Cuba e das

categorias de pessoas que não estão autorizadas a deixar e retornar ao país trazem, ao menos, um parâmetro concreto para as expectativas da população e, principalmente, para as críticas contra a política e para a tomada de medidas concretas em prol da proteção aos direitos humanos na ilha.

Não obstante, a política de banimento continua e, em matéria de direitos, o excepcional (a restrição) se torna a regra, invertendo-se a relação entre o direito e a limitação ao direito à nacionalidade. E é neste contexto que se trava uma luta diária entre o desejo do ser humano e o poder soberano do Estado. Foi a partir desta luta que o sistema de proteção aos direitos humanos surgiu e evoluiu, buscando manter a integridade do ser humano incólume diante das arbitrariedades estatais.

Retirar dos cubanos emigrados o direito de retornar e ser um nacional de Cuba em toda a sua plenitude é o mesmo que destruir a sua existência na sociedade organizada. Estes cidadãos emigrados são destituídos da prova da sua existência na sociedade e o direito internacional ainda não possui uma solução específica para lidar com esse tipo de situação, muito embora ela resulte de uma violação a normas que há muito se encontram consolidadas no sistema internacional.

É possível conjecturar sobre algumas possíveis vias de solução para o problema da apatridia *de facto*, as quais não necessariamente atendem ao objetivo de que todo ser humano possua uma nacionalidade efetiva.

Uma primeira proposta seria a revisão das Convenções sobre apatridia, ou adoção de novos diplomas, que comportem um conceito mais abrangente de “apátrida”, a partir de uma compreensão substantiva do problema da apatridia. Entretanto, no contexto atual de enrijecimento das políticas migratórias, não se vislumbra um ambiente político favorável para promover negociações entre os Estados que envolvam a regulamentação da presença de estrangeiros em seus territórios sob um viés de proteção humanitária.

Uma segunda proposta seria a adoção, nas legislações domésticas dos Estados, dos chamados mecanismos de proteção humanitária complementar. Estes mecanismos seriam aplicáveis aos casos de pessoas que, apesar de não preencherem os requisitos para o reconhecimento como refugiadas ou apátridas (*de jure*), encontram-se em uma situação de acentuada vulnerabilidade, possuem necessidades de proteção e não podem ser devolvidas ao seu país de origem. Esta modalidade de proteção teria o potencial de proporcionar uma condição jurídica estável e segura ao apátrida *de facto*, desde que regularizasse o seu status

migratório no país de residência e proporcionasse um conjunto de direitos ao menos tão favoráveis quanto aqueles estendidos aos demais estrangeiros em situação regular.

Nenhuma das propostas, no entanto, soluciona o problema nuclear da apatridia *de facto*: a falta de uma nacionalidade que confira uma proteção efetiva.

REFERÊNCIAS

AGTERHUIS, Sander. **The right to return and its practical application.** Aristotle University of Thessaloniki, 2005. Disponível em: <<http://prn.mcgill.ca/research/papers/agterhuis.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA DIREITOS HUMANOS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

_____. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.** 19 dez. 1966. Disponível em: <<http://acnurdh.org/pt-br/1966/12/pacto-internacional-sobre-direitos-civis-e-politicos/>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Information and Accession Package: The 1954 Convention Relating to the Status of Stateless Persons and the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness.** Janeiro 1999. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b3350.html> >. Acesso em: 06 jun. 2014.

_____. **UNHCR's activities in the Field of statelessness: progress report.** Standing Committee 21st meeting, 30 maio 2001. EC/51/SC/CRP.13.

_____. **Conclusion On The Return Of Persons Found Not To Be In Need Of International Protection.** Comitê Executivo. Sessão 54. Conclusão 96 (LIV), 2003.

_____. **Analysis of New Regulations on Migration Enacted by the Cuban Government in October 2012..** Nov. 2012. In: ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. Documentos de Referência sobre Refúgio. CD-ROM. Março, 2013.

_____. **Nacionalidade e Apatridia: Manual para Parlamentares.** Suíça: SRO Kuding, 2009. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/Nacionalidade_e_Apatridia_-_Manual_para_parlamentares>. Acesso em: 07 jun. 2014.

_____. **Under the radar and under protected: the urgent need to address stateless children's rights.** Junho, 2012. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/514acd3e2.pdf> >. Acesso em: 09 jun. 2014.

_____. **Mid-year Trends 2013.** Disponível em: <<http://www.unhcr.org/52af08d26.html>>. Acesso em: 14 maio 2014.

_____. **Global Appeal 2014-2015.** Disponível em: <<http://www.unhcr.org/528a0a1316.html>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

_____. **Coletânea de Instrumentos de Proteção Internacional de Refugiados e Apátridas.** ACNUR Brasil. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2012/Lei_947_97_e_Coletanea_de_Instrumentos_de_Protecao_Internacional_de_Refugiados_e_Apatridas>. Acesso em: 05 jun. 2014.

_____. **Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado.** Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/Manual_de_procedimentos_e_critérios_para_a_determinacao_da_condicao_de_refugiado>. Acesso em: 10 jun. 2014.

ANDRADE, José Fischel de. **O Direito Internacional dos Refugiados: evolução histórica (1921-1952).** Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo.** Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BATCHELOR, Carol. **Stateless Persons: Some Gaps in International Protection.** International Journal of Refugee Law, Vol. 7, Issue 2, Oxford University Press, 1995.

BRASIL. **Decreto 18.956 de 22 de outubro de 1929:** Promulga seis convenções de direito internacional público, aprovadas pela Sexta Conferência Internacional Americana. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18956-22-outubro-1929-549004-publicacaooriginal-64267-pe.html>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O Estado e as Relações Internacionais: o domínio reservado dos Estados na prática das Nações Unidas e Organizações Regionais.** Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1979.

_____. Voto do Juiz Cançado Trindade. In.: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana.** 08 de setembro de 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf> . Acesso em: 27 jan. 2014.

_____. **International Law for Humankind: towards a new jus gentium.** The Netherlands: The Hague Academy of International Law, 2010.

CASSESE, Antonio. **A Plea for a Global Community Grounded in a Core of Human Rights**. In: CASSESE, Antonio (ed.). *Realizing Utopia: The Future of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

COMISION CUBANA DE DERECHOS HUMANOS Y RECONCILIACION NACIONAL. **Cuba: algunos actos de represión política en el mes de junio 2013**. 03 jul. 2013.

Disponível em: <http://observacuba.org/wp-content/uploads/pdfs/2013/overview_ccdhrn_jun2013.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2014.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Summary Record of the 246th meeting**. Yearbook of the International Law Commission. 14 jun. 1954, Vol. I. A/CN.4/SR.246.

Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_sr246.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2014.

_____. **Summary Record of the 247th meeting**. Yearbook of the International Law Commission. 15 jun. 1954, Vol. I. A/CN.4/SR.247. Disponível em:

<http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_sr247.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2014.

_____. **Summary Record of the 249th meeting**. Yearbook of the International Law Commission. 17 jun. 1954, Vol. I. A/CN.4/SR.249. Disponível em:

<http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_sr249.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2014.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe Anual 2012**. OEA/Ser.L/V/II.147. Doc. 1. 05 mar. 2013. Disponível em:

<<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2012/indice.asp>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

_____. **Informe Anual 2013 – Cuba**. Disponível em:

<<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2013/docs-es/InformeAnual-Cap4-Cuba.pdf>>.

Acesso em: 25 jun. 2014.

CÓRDOVA, Roberto. **Nationality including statelessness: third report on the Elimination or Reduction of Statelessness**. Yearbook of the International Law Commission. 1954, Vol. II. A/CN.4/81. Disponível em:

<http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_81_corr1.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-04/84 sobre a Proposta de Modificação da Constituição Política da Costa Rica**. 19 jan. 1984.

_____. **Caso Ivcher Bronstein vs. Peru**. Sentença de 06 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_74_esp.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2014.

_____. **Caso Meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana**. 08 de setembro de 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2014.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Nottebohm Case (Liechtenstein vs Guatemala)**. Julgamento de 06 de abril de 1955.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. **Advisory Opinion No. 4, Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco**. 07 fev. 1923. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/44e5c9fc4.html>>. Acesso em 20 dez. 2013.

CUBA. **Ley n. 989**. 05 dez. 1961. Disponível em: <http://diasporaydesarrollo.org/index.cfm/files/serve?File_id=d9c25cda-4307-4dbe-8425-9ecc9fa2ec34>. Acesso em: 21 jun. 2014.

_____. **Constitución de la República de Cuba**. 24 fev. 1976. Disponível em: <<http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

_____. **Ley de Migración n. 1213**. 20 set. 1976. Disponível em: <<http://www.gacetaoficial.cu/html/leymigracion.html>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

_____. **Ley n. 62 – Código Penal**. 30 abr. 1988. Disponível em: <http://www.gacetaoficial.cu/html/codigo_penal.html>. Acesso em: 21 jun. 2014.

_____. **Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución**. VI Congreso do Partido Comunista de Cuba. 18 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.cubadebate.cu/wp-content/uploads/2011/05/folleto-lineamientos-vi-cong.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

_____. **Embajada de Cuba en Brasil: Servicios consulares**. Disponível em : <<http://www.cubadiplomatica.cu/brasil/ES/ServiciosConsulares.aspx#RenovacionPasaporte>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

CUBA DEBATE. **Discurso íntegro de Raúl Castro Ruz, Presidente de los Consejos de Estado y de Ministros**. 24 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.cubadebate.cu/especiales/2008/02/24/discurso-integro-raul-castro-ruz-presidente-consejos-estado-ministros/#.U6oTIvldXZ0>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

_____. **Cuba seguirá apostando por una emigración legal, ordenada y segura**. 25 out. 2012a. Disponível em: <http://www.cubadebate.cu/especiales/2012/10/25/cuba-seguira-apostando-por-una-emigracion-legal-ordenada-y-segura/#.U6l_6PldXZ2>. Acesso em: 22 jun. 2014.

_____. **Una Política Migratoria beneficiosa, realista y justa.** 18 out. 2012b. Disponível em: <<http://www.cubadebate.cu/opinion/2012/10/18/una-politica-migratoria-beneficiosa-realista-y-justa/#.U6TrpfdXZ0>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

_____. **Información útil sobre trámites migratorios.** 16 out. 2012c. Disponível em: <<http://www.cubadebate.cu/noticias/2012/10/16/informacion-util-sobre-tramites-migratorios/#.U6yo6fldXZ0>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** São Paulo: Saraiva, 2003.

D'AMATO, Anthony. Domestic jurisdiction. In: BERNHARDT, Rudolph. **Encyclopedia of public international law.** The Netherlands: Elsevier Science Publishers, 1987.

DEMBOUR, Marie Bénédicte. **Who believes in human rights?** Reflections on the European Convention. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

DEPARTAMENTO DE ESTADO DOS ESTADOS UNIDOS. **Cuban Medical Professional Parole Program.** 26 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.state.gov/p/wha/rls/fs/2009/115414.htm>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

_____. **2010 Country Reports on Human Rights Practices – Cuba.** 08 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4da56dd4a5.html>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

_____. **2013 Country Reports on Human Rights Practices – Cuba.** 27 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/53284b3bd.html>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

FREEDOM HOUSE. **Freedom in the World 2014 – Cuba.** 01 maio 2014. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/5367738314.html>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Conflito entre tratados internacionais de direitos humanos e constituição:** uma análise do caso brasileiro. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2001.

GELLNER, Ernest. **Naciones y Nacionalismos.** Madrid: Alianza Editorial, 2001.

GIBNEY, Matthew J. **Statelessness and the right to citizenship.** Forced Migration Review. Vol. 23. Oxford: Refugee Studies Centre, 2009. Disponível em: <<http://www.fmreview.org/en/FMRpdfs/FMR32/FMR32.pdf>>. Acesso em 17 maio 2014

GOMEZ, Mayra. **Human rights in Cuba, El Salvador and Nicaragua:** a sociological perspective in human rights abuse. New York: Routledge, 2003.

GROLL, Elias. Cuba's greatest export? Medical diplomacy. **Foreign Policy**. 07 maio 2013. Disponível em: <http://blog.foreignpolicy.com/posts/2013/05/07/cuba_doctors_brazil_export_medical_diplomacy>. Acesso em: 26 jun. 2014.

HADDAD, Emma. **The Refugee in international Society: between sovereigns**. New York: Cambridge University Press, 2008.

HAILBRONNER, Kay. Nationality in Public International Law and European Law. In: BAUBOCK, Rainer et al. **Acquisition and Loss of nationality: a comparative analysis**. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2006. vol. 1.

HUDSON, Manley O. **Report on Nationality, Including Statelessness**. Documento A/CN-4/50. Extract from the Yearbook of the International Law Commission. 1952, vol. II. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_50.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2013.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Families torn apart: the high cost of U.S. and Cuba travel restrictions**. October 2005, Vol.17, No. 5 (B). Disponível em: <<http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/cuba1005.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

_____. **World Report 2014 – Cuba**. 21 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/52dfddf3f.html>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

IMMIGRATION AND REFUGEE BOARD OF CANADA. **Cuba: Requirements and procedures to obtain an exit permit and to extend an exit permit while outside Cuba; information on migration regulations and how they are applied to citizens, including consequences for returning to Cuba with an expired permit; whether individuals are prosecuted for violating migration regulations or experience restrictions after entering the country, such as being precluded from housing, health care or other social services**. 23 maio 2012. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4fc4a5192.html>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

_____. **United States and Cuba: The US' Cuban Refugee Adjustment Act, including whether Cubans who live in or transit the US before arriving in Canada are subject to the Act and, if so, how the Act is applied in practice; status granted to Cubans under the Act, including the length of time and related conditions; the definition of "paroled" in the Act; the relationship between the Act and the "wet foot/dry foot" policy in the US**. 11 out. 2013. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/52b17afe4.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014

INGLÉS, José D. **Study of discrimination in respect of the right of everyone to leave any country, including his own, and to return to his country**. Relator Especial da Sub-Comissão sobre a Prevenção à Discriminação e Proteção das Minorias. Nova York, 1963. E/CN A/Sub.2/229/Rev.1. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/Sub.2/%20220/Rev.1>. Acesso em: 25 jun. 2014.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

LAMRANI, Salim. **El lobby cubano en Estados Unidos de 1959 hasta nuestros días**. Disponível em: <<http://rebellion.org/docs/3255.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

_____. A reforma política migratória em Cuba. Paris, 31 dez. 2012. **Opera Mundi**.

Disponível em:

<<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/opiniao/25185/a+reforma+da+politica+migratoria+em+cuba.shtml>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

LAUTERPACHT, Hersch. **International Law of Human Rights**. Great Britain: Steven and Sons Limited, 1950.

LIGA DAS NAÇÕES. **Covenant of the League of Nations**. 28 abr. 1919. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/3dd8b9854.html>>. Acesso em: 17 maio 2014.

_____. **Report Of the International Committee of Jurists entrusted by the Council of the League of Nations with the task of giving an advisory opinion upon the legal aspects of the Aaland Islands question**. Outubro, 1920. Disponível em: <<http://www.ilsa.org/jessup/jessup10/basicmats/aaland1.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2014.

LIU, Guofu. **The Right to Leave and Return and Chinese Migration Law**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

MALLISON, W. Thomas; MALLISON, Sally V. **The right of return**. In: UNITED NATIONS. An International Law Analysis of the Major United Nations Resolutions Concerning The Palestine Question. Disponível em: <<http://www.palestine-studies.org/enakba/legal/Mallison,%20The%20Right%20of%20Return.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

MASSEY, Hugh. **UNHCR and De Facto Statelessness**. Legal and Protection Policy Research Series. Division of International Protection. LPPR/2010/01. Genebra, Abril, 2010. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4bbf387d2.html>>. Acesso em: 07 jun. 2014.

MASUD-PILOTO, Felix. **From welcomed exiles to illegal immigrants: Cuban migration to the U.S., 1959-1995**. Estados Unidos da América: Rowman and Littlefield Publishers, 1996.

MCKINLEY JR., James. Cuba signs 2 human rights treaties. 29 fev. 2008. **The New York Times**. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2008/02/29/world/americas/29iht-cuba.4.10589148.html?_r=0>. Acesso em: 22 jun. 2014.

MENKHAUS, Ken. **Governance without Government in Somalia: Spoilers, State Building, and the Politics of Coping.** Disponível em: <<http://www.mitpressjournals.org/doi/pdf/10.1162/isec.2007.31.3.74>>. Acesso em: 26 jan. 2014.

MUBANGA-CHIPOYA, C.L.C. **The right of everyone to leave any country, including his own, and to return to his country:** Analysis of the current trends and developments regarding the right to leave any country including one's own, and to return to one's own country, and some other rights or considerations arising therefrom. Relator Especial da Subcomissão sobre a Prevenção à Discriminação e Proteção das Minorias. 20 jun. 1988. E/CN.4/Sub.2/1988/35. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/Sub.2/1988/35>. Acesso em: 25 jun. 2014.

OFICINA NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y INFORMACIÓN. **Salario Medio en Cifras, Cuba 2012.** Junho 2013. Disponível em: <<http://www.one.cu/publicaciones/03estadisticassociales/Salario%20Medio%20en%20Cifras%20Cuba%202012/Salario%20Medio%20en%20Cifras%20Cuba%202012.pdf>>. Acesso em 22 jun. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça.** 1945. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf>. Acesso em: 17 maio 2014.

_____. Comitê Econômico e Social - **Official Records:** forth year, ninth session. 05 julho – 15 agosto 1949. Genebra. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NR0/759/36/IMG/NR075936.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

_____. **A Study of Statelessness.** Lake Success, New York. Agosto, 1949. E/1112. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/3ae68c2d0.html>>. Acesso em: 07 jun. 2014.

_____. **General Assembly Resolution 429 (V): Draft Convention Relating to the Status of Refugees.** 325th Plenary Meeting. 14 dez. 1950. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/060/27/IMG/NR006027.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

_____. **Final Act of the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons.** Genebra, 25 jul. 1951. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/40a8a7394.html>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

_____. **General Assembly Resolution 629 (VII): Draft Protocol Relating to the Status of Stateless Persons.** 391st Plenary Meeting. 6 nov. 1952. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/079/72/IMG/NR007972.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

_____. Assembleia Geral. **Status of Palestine in the United Nations**. A/67/L.28. 26 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/67/L.28>. Acesso em: 26 jan. 2014.

_____. **Final Act of the United Nations Conference on the Status of Stateless Persons**. 1954. Disponível em: <<http://www.ehu.es/ceinik/tratados/16TRATADOSOBREREFUGIADOS/161RefugiadosApatriadasyAsilo/TR1615ING.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2014.

_____. **Final Act Of The United Nations Conference On The Elimination Or Reduction Of Future Statelessness**. UN Treaty Series. 1954. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/3ae6b39620.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2014.

_____. **General Assembly Resolution 896 (IX): Elimination of Reduction of Statelessness**. 504th Plenary Meeting. 04 dez. 1954. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/896\(IX\)&Lang=E&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/896(IX)&Lang=E&Area=RESOLUTION)>. Acesso em: 07 jun. 2014.

_____. United Nations Conference on the Elimination or Reduction of Future Statelessness. Genebra, 1959. **Summary Records, 19th meeting of the whole**. Documento: A/CONF.9/C.1/SR.19. Disponível em: <http://legal.un.org/diplomaticconferences/statelessness-1959/docs/english/Vol_2/20_a_conf-9_c-1_sr-19.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2014.

_____. United Nations Conference on the Elimination or Reduction of Future Statelessness. Nova Iorque, 1961a. **Summary Records, 23rd Plenary Meeting**. Documento: A/CONF.9/SR.23. Disponível em: <http://legal.un.org/diplomaticconferences/statelessness-1959/docs/english/Vol_2/44_a_conf-9_sr-23.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2014.

_____. United Nations Conference on the Elimination or Reduction of Future Statelessness. Nova York, 1961b. **Observations by the United Nations High Commissioner for Refugees**. Documento: A/CONF.9/11. Disponível em: <http://legal.un.org/diplomaticconferences/statelessness-1959/docs/english/Vol_1/16_OBSERVATIONS_UNHCR_A_conf_9_11.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2014.

_____. **Final Act of the United Nations Conference on the Elimination or Reduction of Future Statelessness**. United Nations Treaty Series. 1961. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/3ae6b39620.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2014.

_____. Comissão de Direitos Humanos -**The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights**. 28 set. 1984. E/CN.4/1985/4. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4672bc122.html>>. Acesso em 27 jun. 2014.

_____. Comitê de Direitos Humanos. **Communication No. 492/1992**. 21 jul. 1994. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws492.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

_____. Comitê de Direitos Humanos. **Consideration of Reports Submitted By States Parties Under Article 40 Of The Covenant**: Second periodic report of States parties due in 1984 - Syrian Arab Republic. 25 ago. 2000. CCPR/C/SYR/2000/2. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=ccpr/c/syr/2000/2>. Acesso em: 25 jun. 2014.

_____. Comitê de Direitos Humanos. **Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant**: Concluding observations of the Human Rights Committee -Syrian Arab Republic. 24 abr. 2001. CCPR/CO/71/SYR. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=CCPR/CO/71/SYR>. Acesso em: 25 jun. 2014. Parágrafo 21.

_____. Conselho de Direitos Humanos - **Report of the Working Group on the Universal Periodic Review – Cuba**. 05 out. 2009. Doc. A/HCR/11/22. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/162/73/PDF/G0916273.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

_____. Comitê de Direitos Humanos – **CCPR General Comment N. 27: Article 12 (Freedom of Movement)**. 02 Novembro 2009. CCPR/C/21/Ver.1/Add.9. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/45139c394.html>>. Acesso em: 20 jun. 2014. Parágrafos 04-07.

_____. **United Nations Treaty Collection**: Chapter V, Refugees and Stateless Persons. Convention Relating to the Status of Stateless Persons. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=V~3&chapter=5&Temp=mtdsg2&lang=en>. Acesso em: 06 jun. 2014.

_____. **United Nations Treaty Collection**: Chapter V, Refugees and Stateless Persons. Convention Relating to the Status of Refugees. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=V~2&chapter=5&Temp=mtdsg2&lang=en>. Acesso em: 06 jun. 2014.

_____. **United Nations Treaty Collection**: Chapter V, Refugees and Stateless Persons. Convention on the Reduction of Statelessness. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-4&chapter=5&lang=en>. Acesso em: 07 jun. 2014.

_____. **United Nations Treaty Collection**: Chapter IV, Human Rights. International Covenant on Civil and Political Rights. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en>. Acesso em: 22 jun. 2014.

_____. **United Nations Treaty Collection:** Chapter IV, Human Rights. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en>. Acesso em: 22 jun. 2014.

_____. **United Nations Treaty Collection:** Chapter IV, Human Rights. Convention on the rights of the child. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en>. Acesso em: 22 jun. 2014.

_____. **United Nations Treaty Collection:** Special Protocol Concerning Statelessness. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/publication/mtdsg/volume%20ii/lon/partii-2.en.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, **Convention on Rights and Duties of States**, 1933. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-40.html>>. Acesso em: 26 jan. 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Estratégia de Cooperación – Cuba**. Maio 2013. Disponível em: <http://www.who.int/countryfocus/cooperation_strategy/ccsbrief_cub_en.pdf?ua=1>. Acesso em: 22 jun. 2014.

PERKS, Katherine; CHICKERA, Amal de. **The silent stateless and the Unhearing World: can equality compel us to listen?**. The Equal Rights Review, Vol. 03, 2009. United Kingdom: The Equal Rights Trust, 2009. Disponível em: <http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/err_issue03%20final.pdf>. Acesso em 17 maio 2014.

RETTTER, Eric. **You Can Check Out Any Time You Like, But We Might Not Let You Leave:** Cuba's Travel Policy in the Wake of Signing the International Covenant on Civil and Political Rights. Emory International Law Review: Volume 23, Issue2. 2009. Disponível em: <<http://www.law.emory.edu/fileadmin/journals/eilr/23/23.2/Retter.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

REYES, Rodolfo Romero. **Los cerebros se roban o se fugan? Acaso no es lo mismo?** Cuba Debate. 26 set. 2012. Disponível em: <<http://www.cubadebate.cu/especiales/2012/09/26/los-cerebros-%C2%BFse-roban-o-se-fugan-%C2%BFacaso-no-es-lo-mismo/#.U6mKafldXZ1>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

REZEK, José Francisco. **Le Droit Internationale de La Nationalité**. In : Recueil de cours de la Academie de droit internationale de la Haye, Vol. 198. Leiden : Sijthoff, 1986.

_____. **Direito Internacional Público:** curso elementar . São Paulo: Saraiva, 2011. 13 ed. Ver. aumen. e atual.

ROBINSON, Nehemiah. **Convention relating to the status of stateless persons: its history and interpretation**. Institute of Jewish Affairs, New York, 1955. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4785f03d2.html>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. **Trop v. Dulles**. 356 U.S. 86. Decisão de 31 mar. 1958. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/356/86#ZO-356_US_86n33>. Acesso em: 25 jun. 2014.

TESÓN, Fernando R. **Brain Drain**. San Diego Law Review, Vol. 45, No. 4, 2008 . FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 332. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1324979>. Acesso em: 25 jun. 2014.

THOMAS, John F. **Cuban refugees in the United States**. *International Migration Review*, (Spring,1967), Vol. 1, No. 2.

TRAVIESO-DIAZ, Matias F. **Immigration Challenges and Opportunities in a Post-Transition Cuba**, 16 Berkeley J. Int'l Law. 234 (1998). Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol16/iss2/5>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

TRIBUNAL ARBITRAL DO ESPORTE. **Arbitration CAS ad hoc Division (O.G. Sydney) 00/005 Angel Perez / International Olympic Committee (IOC)**. Decisão de 19 set. 2000. Disponível em: <<http://jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw/Shared%20Documents/OG%2000-005.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Janko Rottman contra Freistaat Bayern**. Processo C-135/08. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção). 02 março 2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62008CJ0135>>. Acesso em: 18 maio 2014.

TRIEPEL, Karl Heinrich. **As relações entre o direito interno e o direito internacional**. Trad. Amílcar de Castro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal e Minas Gerais*. Belo Horizonte. Vol. 17, N. 06, 1966.

WALZER, Michael. **Esferas da Justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003 (Coleção justiça e direito).

WEIS, Paul. **Nationality and Statelessness in International Law**. Londres: Stevens & Sons Limited, 1956.

WEISSBRODT, David; COLLINS, Clay. **The Human Rights of Stateless Persons**. *Human Rights Quarterly*, Volume 28, Number 1, February 2006.

VAN WAAS, Laura. **Nationality Matters: statelessness under international law**. Antwerp: Intersentia, 2008.

ZAGAR, Mitja. Citizenship – nationality: a proper balance between the interests of states and those of individuals. In: **Trends and developments in national and international law on nationality**. 1st European Conference on Nationality. Strasbourg: Council of Europe, 1999. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/43f202412.html>>. Acesso em: 26 jan. 2014.

ANEXO I – Edição Atualizada da Lei de Migração n. 1312

LEY No. 1312 - LEY DE MIGRACION (Edición Actualizada) (Modificada por el Decreto Ley No. 302 de 11 de Octubre de 2012)

ENTRADA EN VIGOR - 14 de Enero 2013

(El Decreto-Ley No. 302 de 11 de octubre de 2012, modificó los artículos señalados con “Modificado”, mientras adicionó otros que aparecen con la palabra “Adicionado”, quedando redactados en la forma que se consigna).

ARTÍCULO 1.- (**Modificado**) Los ciudadanos cubanos, para salir o entrar al territorio nacional, deben poseer expedido a su nombre un pasaporte de la República de Cuba, de alguno de los tipos siguientes:

- a) Diplomático
- b) De Servicio
- c) Oficial
- d) Corriente
- e) De Marino.

ARTÍCULO 2.- (**Modificado**) Los extranjeros o personas sin ciudadanía para entrar o salir del territorio nacional, deben poseer un pasaporte vigente o documento equivalente expedido a su nombre y el carné de identidad o tarjeta de menor como residente temporal, permanente o de inmobiliaria, o una visa de entrada, salvo que se trate de ciudadanos de un país que en virtud de un convenio suscrito por Cuba, estén exentos de cumplir este requisito, ateniéndose a los términos del expresado convenio.

ARTÍCULO 3.- (**Modificado**) A los efectos de la entrada al territorio nacional los extranjeros y personas sin ciudadanía se clasifican en:

- a) Visitantes: Turistas, transeúntes, pasajeros en tras bordo o de tránsito y tripulantes.
- b) Diplomáticos: Agentes diplomáticos o consulares y sus familiares, así como los funcionarios de Naciones Unidas y otros organismos internacionales y sus familiares, acreditados en Cuba y en funciones oficiales o en tránsito, así como los representantes o funcionarios de gobiernos extranjeros en misión oficial en Cuba.
- c) Invitados: Dirigentes de estados, gobiernos y partidos que se encuentren de visita en Cuba y los miembros de las delegaciones que los acompañan, parlamentarios y otras personalidades invitadas por el Estado o Gobierno cubanos o el Comité Central del Partido Comunista de Cuba; y extranjeros invitados por los órganos, organismos y entidades estatales y las organizaciones sociales y de masa cubanas.
- ch) Residentes temporales: Técnicos, científicos y demás personas contratadas para trabajar en Cuba, estudiantes o becarios, clérigos y ministros religiosos, artistas, deportistas, periodistas, refugiados y asilados políticos, representantes y empleados de empresas, firmas o agencias extranjeras acreditadas en Cuba y agentes de negocios extranjeros.
- d) Residentes permanentes: Los admitidos para establecer su domicilio en Cuba.
- e) Residentes de inmobiliarias: Personas naturales extranjeras propietarias o arrendatarias de viviendas en complejos inmobiliarios en el territorio nacional y sus familiares extranjeros residentes en esos inmuebles. El Reglamento de esta Ley define cada uno de los términos de esta clasificación y los plazos y condiciones bajo los que serán admitidos en el país los extranjeros y personas sin ciudadanía en ellos comprendidos.

ARTÍCULO 4.- El Ministerio de Relaciones Exteriores expedirá los pasaportes Diplomáticos y los de Servicio; y el Ministerio del Interior expedirá los pasaportes Oficiales, los Corrientes y los de Marino.

ARTÍCULO 5.- Se expedirá pasaporte Diplomático a favor de los dirigentes, autoridades y funcionarios del Partido Comunista de Cuba, del Estado y del Gobierno que expresamente se determinen en el Reglamento de la presente Ley; asimismo se le expedirá a los funcionarios diplomáticos y consulares de la República, los consejeros y agregados comerciales, culturales, de prensa, militares, aéreos y navales, los funcionarios y correos del Ministerio de Relaciones Exteriores, los delegados a Congresos o Conferencias Internacionales o de carácter diplomático. El Ministerio de Relaciones Exteriores podrá también expedir pasaporte Diplomático a favor de los miembros de la familia de las personas relacionadas en el párrafo anterior, previsto en el artículo 37 de la Convención de Viena.

ARTÍCULO 6.- Se expedirá pasaporte de Servicio a favor del personal permanente administrativo, técnico o auxiliar de las Embajadas, Misiones o Consulados cubanos y el de cualquier agencia u oficina en el exterior, así como a sus respectivos familiares que lo acompañan.

ARTÍCULO 7.- El Ministro de Relaciones Exteriores regulará la forma, confección, tramitación y vigencia del pasaporte Diplomático y del pasaporte de Servicio.

ARTÍCULO 8.- Se expedirá pasaporte Oficial a favor de las personas que, sin estar comprendidas en los casos previstos en los Artículos 5 y 6 de la presente, así lo requieran por la índole oficial de su viaje al extranjero.

ARTÍCULO 9.1.- **(Modificado)** Se expide pasaporte Corriente a los ciudadanos cubanos residentes en el territorio nacional que requieren viajar al extranjero por asuntos particulares, a los autorizados a residir en el exterior y a los emigrados.

Se expide pasaporte Corriente además, a solicitud de los órganos, organismos, entidades nacionales y las organizaciones políticas, sociales y de masa que lo requieren por razones del servicio o para el cumplimiento de los fines de su labor.

2. Se considera que un ciudadano cubano ha emigrado, cuando viaja al exterior por asuntos particulares y permanece de forma ininterrumpida por un término superior a los 24 meses, sin la autorización correspondiente; así como cuando se domicilia en el exterior sin cumplir las regulaciones migratorias vigentes.

El Reglamento de esta Ley define los supuestos para autorizar la permanencia en el exterior por un término superior al establecido en el párrafo anterior.

ARTÍCULO 10.- Se expedirá pasaporte de Marino a los cubanos que integran la tripulación de naves marítimas que realicen viajes internacionales.

ARTÍCULO 11.- El Ministro del Interior podrá expedir certificado de Identidad y Viaje a las personas que sin ser ciudadanos cubanos se encuentren en el territorio nacional y deseen salir del mismo, cuando por circunstancias especiales no puedan obtener de sus cónsules o diplomáticos nacionales la expedición o el visado de pasaportes.

ARTÍCULO 12.- El Ministerio del Interior regulará la forma, confección, tramitación y vigencia del pasaporte Oficial, el pasaporte Corriente, el pasaporte de Marino y el Certificado de Identidad y Viaje.

ARTÍCULO 13.- **(Modificado)** Los órganos, organismos, entidades nacionales y las organizaciones políticas, sociales y de masa que lo requieren por razones del servicio o para el cumplimiento de los fines de su labor, formulan las solicitudes de visas a favor de ciudadanos extranjeros y las solicitudes de pasaporte Diplomático, de Servicio, Oficial, de Marino y Corriente, para ciudadanos cubanos.

ARTÍCULO 14.- **(Modificado)** Los propios interesados formulan las solicitudes de visas y de pasaporte Corriente por asuntos particulares.

El Reglamento de esta Ley determina las formas y requisitos de dichas solicitudes.

ARTÍCULO 15.- **(Modificado)** El Ministerio de Relaciones Exteriores o el Ministerio del Interior, según corresponda, resuelven las solicitudes de visas y pasaportes, de acuerdo con lo que establece el Reglamento de esta Ley.

ARTÍCULO 16.- Las personas que entren al territorio nacional sin la autorización para establecer su residencia permanente en Cuba, además de cumplir los requisitos establecidos en los artículos precedentes, deberán hallarse en posesión de las visas necesarias para regresar al país de procedencia o continuar viaje a un tercer país; así como de los pasajes correspondientes, o depositar en el Banco Nacional de Cuba una fianza, de su propio peculio, suficiente para cubrir su importe. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el Ministerio del Interior podrá determinar los casos que se exceptuarán de este último requisito.

El Banco Nacional de Cuba reintegrará la fianza cuando dicha persona obtenga autorización para residir permanentemente en Cuba o en su caso, para adquirir los pasajes en el caso de ser autorizada su salida del territorio nacional.

ARTÍCULO 17.- La empresa transportadora de nave marítima o aérea que arribare al territorio nacional o saliere del mismo, deberá cumplir los requisitos o trámites dispuestos para la inspección y el despacho migratorio.

El Ministerio del Interior podrá imponer multa de hasta cinco mil pesos (\$5.000.00) a la empresa transportadora de la nave marítima o aérea que no cumpla los requisitos o trámites dispuestos.

ARTÍCULO 18.- El Ministerio del Interior procederá a la inspección y despacho migratorio, en todos los puertos y aeropuertos de la República, de las naves marítimas o aéreas que entren al territorio nacional o salgan del mismo, tanto en lo referente a los pasajeros como al personal que integra sus tripulaciones, salvo lo dispuesto sobre Salubridad Cuarentenaria, o en los casos de mandamientos o resoluciones provenientes de los tribunales de justicia.

ARTÍCULO 19.- Las empresas transportadoras, cuyas naves marítimas o aéreas arriben al territorio nacional con pasajeros que no hayan cumplido todos los requisitos exigidos por esta Ley y su Reglamento, excepto el caso contemplado en el Artículo 16 de esta Ley, serán responsables de su reembarque y de los gastos que ocasionen su retención, custodia y manutención. El Ministerio del Interior podrá imponer a la empresa infractora multa de hasta mil pesos (\$1.000.00) por cada pasajero así transportado.

ARTÍCULO 20.- Los pasajeros llamados polizones que viajen clandestinamente en las naves marítimas o aéreas, cuando arriben a territorio nacional sin pasaporte, visa, ni permiso alguno, no podrán ser desembarcados, quedando a bordo de las mismas bajo la responsabilidad del Capitán. Si lograsen fugarse y penetrar en el territorio nacional, el Ministerio del Interior podrá imponer, a la empresa transportadora o a su representante como responsable solidario, una multa de hasta mil pesos (\$1.000.00) por cada infracción, salvo que se demuestre que la fuga y desembarque se produjeron a pesar de todas las medidas tomadas para mantenerlos a bordo.

El Capitán de la nave marítima o aérea podrá optar por entregar al polizón en custodia al Ministerio del Interior, bajo la condición de embarcarlo a su salida, previo el pago de los gastos de estancia, manutención y custodia que se originen.

ARTÍCULO 21.- A los que infrinjan cualesquiera otras de las disposiciones de esta Ley y su Reglamento, les será impuesta una multa administrativa de hasta cien pesos (\$100.00) sin perjuicio de la responsabilidad penal en que puedan haber incurrido.

El Reglamento de la presente Ley determinará el funcionario facultado para imponer las multas a que se refieren los artículos anteriores, así como el procedimiento para su imposición y cobro.

ARTÍCULO 22.- Los Ministros de Relaciones Exteriores y del Interior designarán por resolución quiénes se encargarán de las funciones que les son encomendadas por la presente Ley a sus respectivos Ministerios.

ARTÍCULO 23.- (**Adicionado**) Los ciudadanos cubanos residentes en el territorio nacional, no pueden obtener pasaporte Corriente mientras se encuentren comprendidos en alguno de los supuestos siguientes:

- a) Estar sujeto a proceso penal, siempre que haya sido dispuesto por las autoridades correspondientes.
- b) Tener pendiente el cumplimiento de una sanción penal o medida de seguridad, excepto en los casos que se autorice de forma expresa por el tribunal.
- c) Encontrarse sujeto al cumplimiento de las disposiciones sobre la prestación del Servicio Militar.

- d) Cuando razones de Defensa y Seguridad Nacional así lo aconsejen.
- e) Tener obligaciones con el Estado cubano o responsabilidad civil, siempre que hayan sido dispuestas expresamente por las autoridades correspondientes.
- f) Carecer de la autorización establecida, en virtud de las normas dirigidas a preservar la fuerza de trabajo calificada para el desarrollo económico, social y científico-técnico del país, así como para la seguridad y protección de la información oficial.
- g) Los menores de edad o incapaces, que no cuenten con la autorización de los padres o representantes legales, formalizada ante Notario Público.
- h) Cuando por otras razones de interés público lo determinen las autoridades facultadas.
- i) Incumpla los requisitos exigidos en la Ley de Migración, su Reglamento y en las disposiciones complementarias relacionadas con la solicitud, emisión y otorgamiento de pasaportes.

ARTÍCULO 24.1.- (**Adicionado**) A los efectos de la entrada al territorio nacional, resulta inadmisibile toda persona que se encuentre comprendida en alguno de los supuestos siguientes:

- a) Tener antecedentes de actividades terroristas, tráfico de personas, narcotráfico, lavado de dinero, tráfico de armas u otras perseguibles internacionalmente.
- b) Estar vinculado con hechos contra la humanidad, la dignidad humana, la salud colectiva o perseguibles en virtud de tratados internacionales de los que Cuba es parte.
- c) Organizar, estimular, realizar o participar en acciones hostiles contra los fundamentos políticos, económicos y sociales del Estado cubano.
- d) Cuando razones de Defensa y Seguridad Nacional así lo aconsejen.
- e) Tener prohibida su entrada al país, por estar declarado indeseable o expulsado.
- f) Incumplir las regulaciones de la Ley de Migración, su Reglamento y las disposiciones complementarias para la entrada al país.

2. La autoridad migratoria puede poner a disposición de las autoridades competentes, a las personas comprendidas en el Apartado 1 de este artículo, cuando el hecho es perseguible en el territorio nacional conforme a la Ley y los tratados internacionales de los que Cuba es parte.

3. La autoridad migratoria puede autorizar la entrada al país de las personas comprendidas en los incisos e) y f) del Apartado 1 de este artículo, cuando razones humanitarias o de interés estatal así lo aconsejen.

ARTÍCULO 25.- (**Adicionado**) Toda persona que se encuentre en el territorio nacional, no puede salir del país mientras se encuentre comprendida en alguno de los supuestos siguientes:

- a) Estar sujeto a proceso penal, siempre que haya sido dispuesto por las autoridades correspondientes.
- b) Tener pendiente el cumplimiento de una sanción penal o medida de seguridad, excepto en los casos que se autorice de forma expresa por el tribunal.
- c) Encontrarse sujeto al cumplimiento de las disposiciones sobre la prestación del Servicio Militar.
- d) Cuando razones de Defensa y Seguridad Nacional así lo aconsejen.
- e) Tengan obligaciones con el Estado cubano o responsabilidad civil, siempre que hayan sido dispuestas expresamente por las autoridades correspondientes.

- f) Carecer de la autorización establecida, en virtud de las normas dirigidas a preservar la fuerza de trabajo calificada para el desarrollo económico, social y científico-técnico del país, así como para la seguridad y protección de la información oficial.
- g) Los menores de edad o incapaces, a quienes les sea revocada la autorización de los padres o representantes legales, formalizada ante Notario Público.
- h) Cuando por otras razones de interés público lo determinen las autoridades facultadas.
- i) Incumpla los requisitos exigidos en la Ley de Migración, su Reglamento y en las disposiciones complementarias para salir del país.

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA: El Ministro de Relaciones Exteriores y el Ministro del Interior elevarán al Presidente de la República, para su aprobación, el Proyecto de Reglamento de esta Ley, dentro del término de noventa días a partir de su promulgación.

SEGUNDA: Se derogan el Título II del Decreto Número 358, de 4 de febrero de 1944, la Ley Número 1034, de 22 de junio de 1962 y cuantas más disposiciones legales y reglamentarias se opongán al cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley.

TERCERA: Esta Ley comenzará a regir 60 días después de su publicación en la Gaceta Oficial de la República.

POR TANTO: Mando que se cumpla y ejecute la presente Ley en todas sus partes.

DADA en el Palacio de la Revolución, en La Habana, a 20 de septiembre de 1976.

Oswaldo Dorticós Torrado

Fidel Castro Ruz Primer Ministro

Sergio del Valle Jiménez Ministro del Interior

ANEXO II – Edição Atualizada do Decreto n. 26

EDICIÓN ACTUALIZADA DEL DECRETO No. 26, REGLAMENTO DE LA LEY DE MIGRACIÓN, DE 19 DE JULIO DE 1978

POR CUANTO: El Ministro de Relaciones Exteriores y el Ministro del Interior elevaron para su aprobación, en cumplimiento de la Disposición Final Primera de la Ley número 1312, de 20 de septiembre de 1976, Ley de Migración, el proyecto de Reglamento de dicha Ley, el que procede aprobar.

POR TANTO: En uso de las facultades que le corresponden, el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros decreta el siguiente:

REGLAMENTO DE LA LEY DE MIGRACIÓN

CAPÍTULO I DE LOS PASAPORTES SECCIÓN I Generalidades

ARTÍCULO 1.- El pasaporte es un certificado de identidad y ciudadanía que expide, según sea el caso, el Ministerio de Relaciones Exteriores o el Ministerio del Interior, para surtir efectos sólo en cuanto a la admisión y estancia de su titular en el extranjero como ciudadano cubano.

No obstante, se admitirán como documentos de identidad válidos en el territorio nacional, los pasaportes de ciudadanos cubanos que residen permanentemente en el extranjero, cuando sus titulares se encuentren en Cuba por períodos hasta de 90 días.

ARTÍCULO 2.- Los pasaportes que se expedirán se denominarán:

- a) Pasaporte Diplomático;
- b) Pasaporte de Servicio;
- c) Pasaporte Oficial;
- ch) Pasaporte Corriente;
- d) Pasaporte de Marino.

ARTÍCULO 3.- Los Pasaportes Diplomático y de Servicio serán otorgados por el Ministro de Relaciones Exteriores, o en su lugar, por cualquiera de los Viceministros de Relaciones Exteriores, u otro funcionario en que aquel delegue, mediante su firma.

Corresponde a la Oficina de Pasaportes y Trámites de Viajes del Ministerio de Relaciones Exteriores, la tramitación y control de los Pasaportes Diplomático y de Servicio.

ARTÍCULO 4.- (**Modificado**) Corresponde al Ministerio del Interior el otorgamiento, la expedición y el control de los Pasaportes Oficial, Corriente y de Marino y de los Certificados de Identidad y Viaje.

El Ministro del Interior designa a los funcionarios que autorizan, mediante su firma, la expedición de los Pasaportes Oficial, Corriente y de Marino, así como la prórroga o renovación de los mismos, y la expedición de los Certificados de Identidad y Viaje.

ARTÍCULO 5.- Se otorga Pasaporte Diplomático a:

- a) Miembros del Buró Político y del Secretariado del Comité Central del Partido Comunista de Cuba;
- b) Miembros del Comité Central del Partido Comunista de Cuba;
- c) Jefes y Vicejefes de Departamentos, Jefes de Secciones, y funcionarios del Comité Central del Partido Comunista de Cuba;
- ch) Miembros del Consejo de Estado;
- d) Diputados a la Asamblea Nacional del Poder Popular;
- e) Integrantes del Consejo de Ministros;
- f) Presidentes de Organismos de la Administración Central del Estado que no formen parte del Consejo de Ministros;
- g) Secretario General de la Central de Trabajadores de Cuba;

- h) Presidente y Vicepresidente del Tribunal Supremo Popular;
- i) Fiscal General de la República;
- j) Vicefiscales de la Fiscalía General de la República;
- k) Jueces del Tribunal Supremo Popular;
- l) Primeros Secretarios de los Comités Provinciales del Partido Comunista de Cuba;
- ll) Presidentes de las Asambleas Provinciales del Poder Popular;
- m) Vicepresidentes y Viceministros de los Organismos de la Administración Central del Estado;
- n) Funcionarios Diplomáticos y Consulares de la República, los Consejeros y Agregados Comerciales, Económicos, Culturales, de Prensa, Militares, Aéreos y Navales; los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores y los Correos Diplomáticos;
- ñ) Jefes de Departamentos de la Asamblea Nacional del Poder Popular, del Consejo de Ministros y su Comité Ejecutivo; Asesores de los Vicepresidentes del Consejo de Estado y del Consejo de Ministros; Asesores y funcionarios del Consejo de Estado, del Consejo de Ministros y de su Comité Ejecutivo, así como de sus respectivas Secretarías;
- o) Jefes de Dirección del Ministerio de las Fuerzas Armadas Revolucionarias y del Ministerio del Interior;
- p) Jefes de Dirección del Ministerio del Comercio Exterior y la Inversión Extranjera y del Banco Central de Cuba;
- q) Delegados a Congresos o Conferencias Internacionales, intergubernamentales o de carácter diplomático, y cuantos otros funcionarios del Partido Comunista de Cuba, del Estado y del Gobierno el Ministro de Relaciones Exteriores estime conveniente y necesario para el cabal cumplimiento de las misiones encomendadas;
- r) Los miembros de la familia de las personas relacionadas anteriormente de conformidad con lo previsto en el Artículo número 37 de la Convención de Viena, 1961, y otras Convenciones similares de las que Cuba sea parte.

ARTÍCULO 6.- Se otorga Pasaporte de Servicios al personal permanente administrativo, técnico o auxiliar de las Embajadas, Misiones o Consulados cubanos y al de cualquier agencia u oficina cubana en el exterior, así como a los miembros de su familia que los acompañen, de conformidad con lo previsto en el Artículo número 37 de la Convención de Viena, 1961 y otras Convenciones similares de las que Cuba sea parte.

ARTÍCULO 7.- Se otorga Pasaporte Oficial a quienes, sin estar comprendidos en los Artículos 5 y 6 de este Reglamento, viajen temporalmente al extranjero por asuntos de interés de órganos y organismos estatales u organizaciones políticas, sociales y de masa, así como a los miembros de su familia que los acompañen. Se denominará Pasaporte Oficial Colectivo, a aquel que se expide a favor de quienes conjuntamente realicen un viaje determinado por asunto de interés de los órganos, organismos u organizaciones a que se refiere el párrafo anterior.

ARTÍCULO 8.1.- (**Modificado**) Se expide Pasaporte Corriente a los ciudadanos cubanos residentes en el territorio nacional que requieren viajar al extranjero por asuntos particulares, a los autorizados a residir en el exterior y a los emigrados.

Se expide Pasaporte Corriente además, a solicitud de los órganos, organismos, entidades nacionales y las organizaciones políticas, sociales y de masa que lo requieren por razones del servicio o para el cumplimiento de los fines de su labor.

2. Las solicitudes de Pasaporte Corriente que se realizan por ciudadanos cubanos residentes en el territorio nacional se presentan ante las oficinas de trámite del Ministerio del Interior.

3. Las solicitudes de Pasaporte Corriente de los ciudadanos cubanos residentes en el exterior se formalizan ante las representaciones diplomáticas o consulares cubanas u otras oficinas cubanas expresamente autorizadas al efecto.

4. Las solicitudes de Pasaporte Corriente que requieran por razones del servicio o para el cumplimiento de los fines de su labor los órganos, organismos, entidades nacionales y las organizaciones políticas, sociales y de masa, se presentan ante la Dirección de Inmigración y Extranjería, a través de sus órganos de relaciones internacionales o de aquellos que en cada caso se designan.

ARTÍCULO 9.- Se expide Pasaporte de Marino, a los ciudadanos cubanos miembros de la tripulación de naves marítimas cubanas u operadas por Empresas Cubanas que realizan travesías internacionales. A los Capitanes y Primeros Oficiales de dichas naves, se les otorgará Pasaporte Oficial.

SECCIÓN II

De los Pasaportes Diplomáticos y de Servicio

ARTÍCULO 10.- Los jefes o representantes máximos nacionales de los órganos u organismos estatales y sus sustitutos jerárquicos o los funcionarios autorizados por aquellos, formularán las solicitudes de Pasaporte

Diplomático o de Servicio a favor de los funcionarios y personal de sus respectivos organismos, a que se refieren los artículos 5 y 6 ante el Ministerio de Relaciones Exteriores.

ARTÍCULO 11.- Los Viceministros del Ministerio de Relaciones Exteriores o en quien éstos deleguen, autorizarán a la Oficina de Pasaportes y Trámites de Viajes la tramitación de los Pasaportes Diplomáticos o de Servicio a favor de los funcionarios y personal del Ministerio de Relaciones Exteriores a que se refieren los Artículos 5 y 6, así como de sus familiares acompañantes.

ARTÍCULO 12.- La solicitud de Pasaporte Diplomático o de Servicio será acompañada de:

- a) Original y copia del modelo oficial que se establezca para estos casos, debidamente firmado. Si la firma fuere la de funcionario autorizado, ésta deberá estar debidamente registrada en el Ministerio de Relaciones Exteriores;
- b) tres fotografías de 5 x 5 centímetros que reúnan todos los requisitos exigidos en el modelo oficial;
- c) si se tratare de solicitudes formuladas a favor de menores de 18 años de edad, autorización de su representante legal, mediante documento legal o prueba documental equivalente y suficiente, a criterio y bajo la responsabilidad de la oficina solicitante;
- ch) si se tratare de solicitudes de Pasaportes de Servicio, Certificación de Nacimiento o de la Carta de Ciudadanía del titular, o Declaración Jurada supletoria de dichos documentos, formulada ante la oficina correspondiente del organismo solicitante.

ARTÍCULO 13.- Los Pasaportes Diplomático y de Servicio serán válidos por un período inicial hasta de tres años a partir de la fecha de su expedición y prorrogables por tres veces consecutivas por iguales períodos.

Los titulares de Pasaporte Diplomático, excepto los de los que hayan sido expedidos según Inciso q) del Artículo 5 de este Reglamento, podrán mantenerlos en su poder durante su estancia en el territorio nacional o entregarlo a la oficina correspondiente del organismo solicitante para su custodia.

Los titulares de Pasaporte Diplomático expedidos según el Inciso q) del Artículo 5 de este Reglamento, lo entregarán a su regreso a Cuba, a la oficina que corresponda del organismo solicitante, la que lo remitirá de inmediato al Ministerio de Relaciones Exteriores para su custodia definitiva.

Si se produjeran cambios en cuanto al cargo o la relación familiar por los que se expidió el Pasaporte Diplomático, el titular está obligado a devolverlo, y la oficina correspondiente del organismo solicitante, velará porque así se haga.

SECCIÓN III De los Pasaportes Oficiales

ARTÍCULO 14.- Los funcionarios autorizados por los jefes o representantes máximos nacionales y provinciales y sus sustitutos jerárquicos, de los órganos y organismos estatales y de las organizaciones políticas, sociales y de masa, formularán las solicitudes de Pasaporte Oficial a favor de quienes viajen por asuntos del servicio o del interés de los mismos, y no les corresponda recibir Pasaporte Diplomático o de Servicio.

ARTÍCULO 15.- Las solicitudes de Pasaporte Oficial se formularán ante la Dirección de Inmigración y Extranjería, en la provincia de La Habana y en el Municipio Especial de Isla de la Juventud; o ante los órganos de Inmigración y Extranjería en las demás provincias.

ARTÍCULO 16.- La solicitud de Pasaporte Oficial que se formule por primera vez a favor de una persona será acompañada de:

- a) Certificación de Nacimiento o de la Carta de Ciudadanía de la persona a favor de quien se solicita, o Declaración Jurada supletoria de dichos documentos en los casos en que la Dirección de Inmigración y Extranjería lo acepte;
- b) tres fotografías de 5 x 5 centímetros, que reúnan los requisitos exigidos en el modelo oficial;
- c) si se tratare de solicitud formulada a favor de menores de 18 años de edad, autorización de su representante legal y la prueba del carácter con que éste concurre.

Las sucesivas solicitudes a favor de la misma persona deberán ser acompañadas sólo de las fotos que la Dirección de Inmigración y Extranjería requiera.

ARTÍCULO 17.- El Pasaporte Oficial será válido sólo por el término de duración de los viajes para los que se otorga.

ARTÍCULO 18.- Los funcionarios designados por los jefes o máximos responsables nacionales y provinciales y sus sustitutos jerárquicos de los órganos y organismos estatales y organizaciones políticas, sociales y de masa, podrán solicitar prórroga del término de vigencia de los Pasaportes Oficiales expedidos por interés de los

mismos, cuando la estancia del titular en el extranjero deba prolongarse por un plazo superior al previsto. Las solicitudes se formularán ante la Dirección de Inmigración y Extranjería en la provincia de La Habana y en el Municipio Especial de Isla de la Juventud, o ante los órganos provinciales de Inmigración y Extranjería en las demás provincias.

ARTÍCULO 19.- La Dirección de Inmigración y Extranjería en la provincia de La Habana y en el Municipio Especial de Isla de la Juventud; y los órganos provinciales de Inmigración y Extranjería en las demás provincias, entregarán dentro de los 10 días siguientes al recibo de la solicitud, los Pasaportes Oficiales otorgados, a los funcionarios designados al efecto por los jefes o representantes máximos de los órganos y organismos estatales y de las organizaciones políticas, sociales y de masa.

SECCIÓN IV De los Pasaportes Corrientes

ARTÍCULO 20.- Los ciudadanos cubanos mayores de 18 años de edad, y los representantes legales de los menores de dicha edad, así como de los legalmente declarados incapacitados, en cuanto a éstos, podrán solicitar Pasaporte Corriente.

ARTÍCULO 21.- (**Modificado**) Los ciudadanos cubanos residentes en el territorio nacional, al realizar una solicitud de Pasaporte Corriente, deben cumplir los requisitos siguientes:

- a) Presentar el Carné de Identidad o Tarjeta de Menor.
- b) Entregar la autorización formalizada ante Notario Público de los padres o los representantes legales que correspondan, de los menores de 18 años de edad o incapaces.

La autoridad actuante capta los datos que se requieren para la plena identificación del solicitante y verifica que no esté comprendido en alguno de los supuestos previstos en el artículo 23 de la Ley de Migración, en cuyo caso iniciará el trámite de expedición.

ARTÍCULO 22.- (**Derogado**)

ARTÍCULO 23.- (**Modificado**) Los ciudadanos cubanos que residen en el exterior, al realizar una solicitud de Pasaporte Corriente, deben cumplir los requisitos siguientes:

- a) Formular la solicitud en el modelo oficial.
- b) Presentar el pasaporte anterior, Certificación de Nacimiento, Carta de Ciudadanía o una certificación de este último documento expedida por la autoridad competente, según corresponda.
- c) Aportar la autorización formalizada ante Notario Público de los padres o los representantes legales que correspondan, de los menores de 18 años de edad o incapaces.
- d) Entregar dos (2) fotos 4 x 4 cm.
- e) Entregar la constancia de pago del arancel consular.

La autoridad actuante capta los datos que se requieren para la plena identificación del solicitante e inicia el trámite de expedición.

ARTÍCULO 24.- (**Modificado**) El Pasaporte Corriente es válido por dos años, prorrogables por igual término hasta un total de seis años. Las prórrogas se solicitan ante las oficinas de trámite del Ministerio del Interior o ante las representaciones diplomáticas o consulares u otras oficinas cubanas expresamente autorizadas.

ARTÍCULO 25.- (**Derogado**)

ARTÍCULO 26.- (**Modificado**) Las oficinas de trámite del Ministerio del Interior otorgan el Pasaporte Corriente al solicitante, representante legal o funcionario debidamente acreditado, según corresponda, previa entrega de la constancia de pago del impuesto correspondiente.

Cuando el interesado reside en el exterior la entrega del pasaporte se realiza a través de la representación diplomática o consular u otra oficina cubana autorizada.

ARTÍCULO 27.- El Ministerio de Relaciones Exteriores, en coordinación con el Ministerio del Interior, autorizará las representaciones diplomáticas y consulares cubanas que podrán expedir Pasaportes Corrientes.

Las representaciones diplomáticas y consulares y otras oficinas cubanas en el exterior expresamente autorizadas al efecto, podrán expedir duplicados en casos de pérdida o deterioro de Pasaporte Corriente, cuyos titulares se encuentren en el extranjero, así como extender prórroga de la validez de los pasaportes, previa consulta con la Dirección de Inmigración y Extranjería.

SECCIÓN V De los Pasaportes de Marino

ARTÍCULO 28.- El Ministro del Transporte, el Ministro de la Industria Alimentaria, o los Viceministros o Directores en quienes estos deleguen, solicitarán los Pasaportes de Marino para los integrantes de la tripulación de naves marítimas que realicen travesías internacionales.

ARTÍCULO 29.- Las solicitudes de Pasaporte de Marino se formularán ante la Dirección de Inmigración y Extranjería o el órgano provincial de Inmigración y Extranjería correspondiente al Puerto de enrolamiento o al lugar de residencia de la persona a cuyo favor se solicita.

ARTÍCULO 30.- La solicitud de Pasaporte de Marino que se formule por primera vez a favor de una persona, será acompañada de:

- a) Certificación de Nacimiento o de la Carta de Ciudadanía de la persona a cuyo favor se solicita, o Declaración Jurada supletoria de dichos documentos, en los casos en que la Dirección de Inmigración y Extranjería la acepte;
- b) dos fotos 5 x 5 centímetros, que reúnan los requisitos exigidos en el modelo oficial;
- c) si se tratare de solicitud a favor de menores de 18 años, la autorización de su representante legal y la prueba del carácter con que éste concurre.

En las sucesivas solicitudes a favor de una misma persona se acompañarán sólo las fotos que la Dirección de Inmigración y Extranjería requiera.

ARTÍCULO 31.- El Pasaporte de Marino será válido por dos años, prorrogable por dos años más, dos veces sucesivas.

Las prórrogas de los Pasaportes de Marino se solicitarán por los funcionarios designados al efecto por el Ministro del Transporte o el Ministro de la Industria Alimentaria, con no menos de 90 días de antelación a su vencimiento, ante la Dirección de Inmigración y Extranjería en la provincia de La Habana y en el Municipio Especial de Isla de la Juventud; o ante los órganos de Inmigración y Extranjería en las demás provincias.

Asimismo, los Capitanes de buques cubanos podrán solicitar las prórrogas de los Pasaportes de Marino de los miembros de la tripulación de buques a su cargo, ante las representaciones diplomáticas o consulares cubanas u otras oficinas cubanas en el exterior expresamente autorizadas al efecto, quienes darán traslado de dichas solicitudes a la Dirección de Inmigración y Extranjería.

ARTÍCULO 32.- La Dirección de Inmigración y Extranjería en la provincia de La Habana y en el Municipio Especial de Isla de la Juventud; y los órganos provinciales de Inmigración y Extranjería en las demás provincias, entregarán dentro de los 10 días siguientes al recibo de la solicitud, a los funcionarios designados por el Ministro del Transporte o el Ministro de la Industria Alimentaria, los Pasaportes de Marino otorgados, así como las prórrogas que se otorguen de los mismos. En el caso de que las prórrogas se hayan solicitado en el exterior, se comunicará, dentro del mismo término, a la oficina cubana de que se trate para que diligencie la misma.

ARTÍCULO 33.- Los funcionarios designados por el Ministro del Transporte o el Ministro de la Industria Alimentaria, entregarán a los Capitanes de las naves marítimas que realicen travesías internacionales, con 72 horas de antelación a su partida, los Pasaportes de Marino de los miembros de sus respectivas tripulaciones, a los efectos del despacho de salida.

Los Capitanes conservarán bajo su custodia dichos pasaportes durante el viaje, y los entregarán a los miembros de la tripulación sólo durante su estancia en puertos extranjeros, o si su regreso a Cuba se realizare como pasajero en otra nave marítima o aérea.

Al regreso a Cuba de la nave marítima, y una vez realizado el despacho inmigratorio, el Capitán entregará los Pasaportes de Marino de los miembros de la tripulación al funcionario designado para su custodia por el Ministro del Transporte o el Ministro de la Industria Alimentaria.

Los funcionarios referidos podrán entregar directamente el Pasaporte de Marino a su titular, cuando éste deba viajar al extranjero como pasajero, para enrolarse como tripulante en una nave marítima cubana.

SECCIÓN VI De los Certificados de Identidad y Viaje

ARTÍCULO 34.- Se denomina Certificado de Identidad y Viaje al documento que se expide a quienes no siendo ciudadanos cubanos, se encuentren en el territorio nacional y deseen salir del mismo, cuando por circunstancias especiales no puedan obtener de sus representaciones diplomáticas y consulares la expedición o el visado de sus pasaportes nacionales.

ARTÍCULO 35.- Las personas interesadas en obtener Certificado de Identidad y Viaje, o sus representantes legales, en casos de menores o incapacitados, formularán la solicitud ante la Dirección de Inmigración y Extranjería en la provincia de La Habana y en el Municipio Especial de Isla de la Juventud; o ante los órganos provinciales de Inmigración y Extranjería en las demás provincias; a la solicitud se acompañará indispensablemente:

- a) Dos fotos de 5 x 5 centímetros, que reúnan los requisitos exigidos en el modelo oficial;
- b) prueba de identidad de la persona a cuyo favor se solicita;
- c) comprobante de pago de los derechos fiscales correspondientes;
- ch) si se tratare de solicitud formulada a favor de menores o incapacitados, la prueba de que el solicitante es su representante legal.

ARTÍCULO 36.- El Certificado de Identidad y Viaje será válido para un sólo viaje, y por un término máximo de seis meses.

ARTÍCULO 37.- (**Modificado**) La Dirección de Inmigración y Extranjería entrega el Certificado de Identidad y Viaje personalmente a los interesados o sus representantes legales, según corresponda.

SECCIÓN VII Disposiciones Comunes

ARTÍCULO 38.- Será nulo todo pasaporte o Certificado de Identidad y Viaje, cuyo texto aparezca deteriorado o alterado, sin perjuicio de la responsabilidad penal que se derive del hecho.

ARTÍCULO 39.- Las decisiones sobre solicitudes de prórrogas de la validez de los Pasaportes Oficiales y Corrientes se comunicará al solicitante; así como, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, a las representaciones diplomáticas o consulares u otras oficinas cubanas en el exterior autorizadas al efecto, en el país donde se encuentre el titular, con el fin de que éstas efectúen la diligencia correspondiente.

ARTÍCULO 40.- (**Modificado**) Los titulares de Pasaporte Corriente pueden solicitar a la Dirección de Inmigración y Extranjería, a las oficinas de trámite del Ministerio del Interior o a la representación diplomática o consular u otra oficina cubana autorizada, según corresponda, lo siguiente:

- a) Extender la permanencia en el exterior por un tiempo superior a 24 meses, cuando por causas justificadas se ven imposibilitados de regresar al país en ese término.
- b) Residencia en el Exterior, cuando requieren residir fuera del país de forma indefinida por mantener una unión matrimonial, formalizada o no, con ciudadanos extranjeros o por otras situaciones familiares y humanitarias excepcionales.

La residencia en el exterior también se puede otorgar a los padres y a los hijos menores de edad de quienes poseen esta categoría de viaje.

ARTÍCULO 41.- El titular de un pasaporte cubano que lo extravíe deberá comunicarlo a la autoridad que lo expidió y solicitar la expedición de un duplicado.

Si se encuentra en el extranjero, realizará estos trámites por conducto de la representación diplomática, consular u otra oficina cubana en el exterior expresamente autorizada al efecto.

A la comunicación acompañará copia de la denuncia formulada ante las autoridades policiales competentes.

ARTÍCULO 42.- (**Modificado**) Los titulares de Pasaporte Diplomático que lo reciben conforme al Inciso q) del Artículo 5 de este Reglamento, así como los titulares de Pasaporte de Servicio, Oficial, de Marino y Corriente recibido por razones del servicio, entregan estos documentos a la oficina correspondiente del organismo responsabilizado con su salida del país, dentro del término de 72 horas, a partir de la fecha de regreso al territorio nacional.

CAPÍTULO II DE LAS ENTRADAS AL TERRITORIO NACIONAL SECCIÓN I Generalidades

ARTÍCULO 43.- Para entrar al territorio nacional de Cuba, toda persona deberá cumplir los requisitos establecidos por la Ley de Migración y por el presente Reglamento.

ARTÍCULO 44.- (**Modificado**) Para entrar al territorio nacional los ciudadanos cubanos deben poseer pasaporte cubano vigente, expedido a su nombre o documento equivalente. En el caso de los emigrados deben presentar su pasaporte debidamente habilitado. *(El Decreto No. 305 de 11 de octubre de 2012, modifico este artículo, el que quedó redactado en la forma que se consigna).*

ARTÍCULO 45.- (**Modificado**) Para entrar al territorio nacional los extranjeros o personas sin ciudadanía deben portar un pasaporte vigente expedido a su nombre o documento equivalente y la visa de entrada, salvo que se trate de ciudadanos de un país que en virtud de un convenio suscrito por Cuba, están exentos de cumplir este requisito, atendiendo a los términos del expresado convenio. En el caso de los residentes permanente, temporal, o de inmobiliaria, deben portar un pasaporte vigente expedido a su nombre o documento equivalente y el Carné de Identidad o la Tarjeta de Menor del extranjero. *(El Decreto No. 305 de 11 de octubre de 2012, modifico este artículo, el que quedó redactado en la forma que se consigna).*

ARTÍCULO 46.- El que habiendo poseído la ciudadanía cubana, solicite la entrada al territorio nacional como titular de pasaporte extranjero, deberá presentar en el momento de solicitar la correspondiente visa y en aquel en que le sea practicado el despacho migratorio de entrada, la prueba documental de que se ha dispuesto por autoridad competente la pérdida de su ciudadanía cubana. Sin este requisito no le será expedida visa ni será admitido en Cuba como extranjero.

SECCIÓN II (MODIFICADA) De la entrada de ciudadanos cubanos

(El Decreto No. 305 de 11 de octubre de 2012, modifico el título de esta sección, el que quedó redactado en la forma que se consigna).

ARTÍCULO 47.1.- (**Modificado**) Los ciudadanos cubanos emigrados pueden permanecer hasta 90 días en sus visitas a Cuba.

2. Los ciudadanos cubanos con residencia en el exterior pueden permanecer hasta 180 días en sus visitas a Cuba.

3. En ambos casos, la autoridad migratoria puede prorrogar el término cuando corresponda.

(El Decreto No. 305 de 11 de octubre de 2012, modifico este artículo, el que quedó redactado en la forma que se consigna).

ARTÍCULO 48.1.- (**Modificado**) Los ciudadanos cubanos emigrados que pretenden establecer su residencia en el territorio nacional lo solicitan ante las representaciones diplomáticas o consulares, o ante la oficina de trámite del Ministerio del Interior que corresponda, cuando se encuentran en Cuba.

2. El Ministerio del Interior establece los procedimientos para la tramitación de las solicitudes a que se refiere el apartado anterior. *(El Decreto No. 305 de 11 de octubre de 2012, modifico este artículo, el que quedó redactado en la forma que se consigna).*

ARTÍCULO 49.- (**Modificado**) Las representaciones y oficinas cubanas en el exterior remiten las solicitudes recibidas a la Dirección de Inmigración y Extranjería del Ministerio del Interior, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores. *(El Decreto No. 305 de 11 de octubre de 2012, modifico este artículo, el que quedó redactado en la forma que se consigna).*

ARTÍCULO 50.- (**Modificado**) La Dirección de Inmigración y Extranjería dispone de un término que no exceda de 90 días para dar respuesta a las solicitudes a que se refiere el artículo 48 del presente Reglamento y notificar al interesado. *(El Decreto No. 305 de 11 de octubre de 2012, modifico este artículo, el que quedó redactado en la forma que se consigna).*

ARTÍCULO 51.- (**Derogado**)

ARTÍCULO 52.- (**Derogado**)

ARTÍCULO 53.- (**Derogado**)

ARTÍCULO 54.- (**Derogado**)

ARTÍCULO 55.- (**Derogado**)

ARTÍCULO 56.- (**Derogado**)

ARTÍCULO 57.- (**Derogado**)

ARTÍCULO 58.- (**Derogado**)

El Decreto No. 305 de 11 de octubre de 2012, derogó los artículos del 51 al 58).

SECCIÓN III De los extranjeros visitantes

ARTÍCULO 59.- Son Turistas aquellos extranjeros y personas sin ciudadanía que vienen a Cuba por placer o recreo. Aquellos que ajusten su viaje a Cuba a un programa de turismo contratado con una agencia internacional que mantenga convenio con el Ministerio de Turismo a esos fines, se denominarán Turistas sujetos a Programa de Visita.

ARTÍCULO 60.- Son Transeúntes los extranjeros y personas sin ciudadanía que arriben a Cuba para atender algún asunto particular.

ARTÍCULO 61.- Los Turistas y Transeúntes podrán ser admitidos por períodos hasta de 30 días, prorrogables por igual término, por la Dirección de Inmigración y Extranjería; o por el tiempo previsto en los convênios de exención de visado, suscritos por Cuba.

ARTÍCULO 62.- Son Pasajeros en Transbordo, lós extranjeros y personas sin ciudadanía que lleguen a algún puerto o aeropuerto de la República, haciendo escala, al solo objeto de cambiar de nave marítima o aérea y continuar viaje. Son pasajeros de Tránsito, aquellos que sólo permanecen en el territorio nacional justamente el tiempo que la nave marítima o aérea en que viajan se encuentra en puerto o aeropuerto, realizando las operaciones propias de mantenimiento y del transporte de carga y pasaje, para continuar viaje en la misma.

ARTÍCULO 63.- Los Pasajeros en Transbordo o de Tránsito no necesitarán visa para llegar al país o permanecer en él durante el término de 72 horas, prorrogables sólo en caso de fuerza mayor; pero no podrán abandonar el área del puerto o aeropuerto a donde arribaron, si no es con la autorización expresa de las autoridades de Inmigración y Extranjería. Las empresas transportadoras podrán solicitar de las autoridades de Inmigración y Extranjería que autoricen a los Pasajeros en transbordo o de Tránsito a que salgan del área del puerto o aeropuerto, durante el tiempo que se haya autorizado su estancia en Cuba. Las solicitudes se formularán por escrito y serán firmadas por los representantes legales de dichas empresas. Será facultad de las autoridades de Inmigración y Extranjería acceder o no a las solicitudes a que se refiere el párrafo anterior. Si accedieren, deberán proveer a cada pasajero autorizado de un "Permiso al Pasajero", en el que constarán los datos suficientes para su identificación, la nave marítima o aérea en que arribó, el lugar de procedencia, y cuantos más requisitos sean necesarios a estos fines.

ARTÍCULO 64.- Son tripulantes, las personas integrantes del equipo que dirige, conduce, administra y atiende las naves marítimas o aéreas, como personal a bordo de las mismas, comprendiendo esas atenciones las de servicio a los pasajeros y carga que transportan dichas naves, y que hayan sido contratadas para realizar esas labores por el Capitán, dueño, agente o consignatario de la nave marítima o aérea en que presten servicios.

ARTÍCULO 65.- Los tripulantes extranjeros de naves aéreas que posean Certificados de Miembros de la Tripulación, expedidos conforme al modelo adoptado por la Convención de Aviación Civil Internacional, que hayan sido extendidos por el Estado en que aparezca matriculada la nave aérea, y siempre que su país conceda igual trato a Cuba, podrán desembarcar y permanecer en las áreas establecidas al efecto, a solicitud de la empresa a la que presten sus servicios. Para salir de dichas áreas deberán obtener un permiso de las autoridades de Inmigración y Extranjería. El permiso señalado en el párrafo anterior deberá contener los datos necesarios para identificar al portador, su nacionalidad y la empresa y nave aérea en que presta servicios; los mismos se expedirán a solicitud y bajo la responsabilidad de la empresa operadora de la nave aérea. Los tripulantes extranjeros de buques deberán estar en posesión de un pasaporte o Carné de Mar, y en esse caso podrán obtener la autorización, siempre y cuando, y en iguales condiciones, su país conceda igual trato a los tripulantes de buques cubanos.

ARTÍCULO 66.- Ningún tripulante extranjero de buque o nave aérea que se encuentre en un puerto o aeropuerto del territorio nacional, podrá ser despedido o desenrolado de su trabajo, ni abandonarlo por su propia voluntad, debiendo en todo caso continuar viaje en los mismos, con excepción de lo establecido en las leyes penales de la República. Pero si le resultare necesario desembarcar, por enfermedad o fuerza mayor, el Capitán, dueño, agente o consignatario, lo pondrá a disposición de las autoridades de Inmigración y Extranjería, quienes resolverán lo que proceda hasta su reembarque, siendo los gastos que se originen por cuenta y a cargo de quien opera la nave marítima o aérea.

SECCIÓN IV **De los Diplomáticos**

ARTÍCULO 67.- A los fines de este Reglamento, se clasifican como Diplomático los extranjeros que Sean agentes diplomáticos y consulares acreditados en Cuba, que arriben al territorio nacional para representar al Gobierno que los designa, ante el Gobierno de la República de Cuba, conforme a las categorías y clasificaciones establecidas en las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y sobre Relaciones Consulares de 1963 y otros Tratados suscritos por Cuba, así como los familiares de dichos agentes en los términos señalados en dichas Convenciones y Tratados, y que permanezcan en el territorio nacional el tiempo que dure la representación que ostenten. A esta categoría se asimilan los funcionarios de Naciones Unidas y de otros organismos internacionales acreditados ante el Gobierno de la República de Cuba o con sede en nuestro país, así como sus familiares, según los tratados de que Cuba sea parte.

ARTÍCULO 68.- A los fines de este Reglamento, se clasifican como Diplomático los extranjeros admitidos en calidad de personal técnico, administrativo y de servicio, servidumbre particular de la Misión o de sus agentes diplomáticos o consulares, en los términos establecidos en las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y Relaciones Consulares de 1963 y otros Tratados suscritos por Cuba; y podrán permanecer en el territorio nacional durante el tiempo que dure su trabajo en tal carácter. Se asimila a esta categoría el personal de clasificación equivalente de las Naciones Unidas y de otros organismos acreditados ante el Gobierno de la República de Cuba o con sede en nuestro país, según los Tratados de que Cuba sea parte.

ARTÍCULO 69.- A los efectos de este Reglamento, se clasifican como Diplomático los extranjeros agentes diplomáticos en tránsito y sus familiares, titulares de Pasaporte Diplomático expedidos por sus respectivos gobiernos, así como el personal referido en el artículo anterior, que haya de pasar por Cuba en tránsito, siempre que los países correspondientes concedan igual trato a Cuba.

ARTÍCULO 70.- A los efectos de este Reglamento, se clasifican como Diplomático los funcionarios de gobiernos extranjeros en Misión Oficial en Cuba, es decir, aquellos extranjeros, no agentes diplomáticos, que vengan a Cuba en Misión Oficial de su Gobierno permaneciendo en el territorio nacional por el tiempo que dure su misión según la solicitud que formulen las autoridades correspondientes de su país.

ARTÍCULO 71.- Los agentes diplomáticos y consulares y funcionarios de Naciones Unidas y de otros organismos internacionales y sus familiares; el personal extranjero no diplomático de las misiones acreditadas en Cuba y sus familiares, que no sean residentes permanentes en nuestro país; los agentes diplomáticos en tránsito y sus familiares y los funcionarios de gobiernos extranjeros en Misión Oficial en Cuba, deberán ser portadores y titulares de pasaporte expedido por sus respectivos gobiernos u organismos internacionales que los acrediten como tales, así como de la visa de entrada en Cuba, salvo que exista convenio de exención de ese requisito suscrito entre Cuba y el país cuyo Gobierno representen; y en su caso deberán solicitar y obtener la franquicia diplomática correspondiente a través del Ministerio de Relaciones Exteriores.

SECCIÓN V **De los Invitados**

ARTÍCULO 72.- Se clasifican como Invitados aquellas personalidades extranjeras que conforme a las disposiciones establecidas al efecto, son admitidas y permanecen en el territorio nacional, según un programa de visita y por el tiempo señalado para la misma, invitados por las autoridades cubanas.

ARTÍCULO 73.- Se clasifican como Invitados del Partido Comunista de Cuba, del Estado y del Gobierno, las personalidades extranjeras invitadas por el Comité Central del Partido Comunista de Cuba, el Presidente de la Asamblea Nacional del Poder Popular, el Presidente del Consejo de Estado o el Ministro de Relaciones Exteriores.

ARTÍCULO 74.- Se clasifican como Invitados de Organismos Estatales y Organizaciones Cubanas, las personalidades extranjeras invitadas por los restantes Jefes de los Organismos de la Administración Central del Estado, así como por los responsables máximos de organizaciones políticas, sociales y de masa.

SECCIÓN VI De los Residentes Temporales

ARTÍCULO 75.- Se clasifican como Residentes Temporales, los técnicos, científicos y demás extranjeros y personas sin ciudadanía que por su especial calificación sean contratados por los organismos oficiales cubanos para trabajar en Cuba temporalmente.

ARTÍCULO 76.- Se clasifican como Residentes Temporales, los estudiantes y becarios extranjeros y personas sin ciudadanía admitidos en Cuba por un centro de estudio, investigaciones o adiestramiento, seleccionados por el Partido Comunista de Cuba, el Gobierno o Instituciones Oficiales, conforme a los programas de intercambio, cooperación y colaboración educacional de Cuba.

ARTÍCULO 77.- Se clasifican como Residentes Temporales, los religiosos y representantes de cualquier culto, religión o secta religiosa, que sean extranjeros o personas sin ciudadanía que se admitan en Cuba al servicio de éste, siempre que el mismo se encuentre reconocido, debidamente inscripto y autorizado para el ejercicio en Cuba de su fe.

ARTÍCULO 78.- Se clasifican como Residentes Temporales, los artistas de profesión extranjeros o personas sin ciudadanía que arriben a Cuba contratados para ejercer su arte.

ARTÍCULO 79.- Se clasifican como Residentes Temporales los deportistas y auxiliares de equipos de deportes e integrantes de delegaciones deportivas en general, extranjeros o personas sin ciudadanía que arriben a Cuba con ese carácter.

ARTÍCULO 80.- Se clasifican como Residentes Temporales, los asilados políticos y los refugiados. Se consideran asilados políticos, los extranjeros y personas sin ciudadanía que se ven obligados a abandonar su país, por encontrarse perseguidos en virtud de su lucha por los derechos democráticos de las mayorías; por la liberación nacional; contra el imperialismo, el fascismo, el colonialismo y neocolonialismo; por la supresión de la discriminación racial; por los derechos y reivindicaciones de los trabajadores, campesinos y estudiantes; por sus actividades políticas, científicas y artísticas progresistas; por el socialismo y por la paz, y buscan y obtienen la hospitalidad y albergue de nuestra República, pudiendo permanecer en ella con la obligación o intención declarada de regresar a su Patria tan pronto cesen las causas que motivaron su exilio. Se considerarán refugiados aquellos extranjeros y personas sin ciudadanía cuya entrada se autorice en el territorio nacional por tener que emigrar de su país a causa de calamidad social, bélica, por cataclismo u otros fenómenos de la naturaleza y que permanecerán temporalmente en Cuba, en tanto se restablezcan las condiciones normales en su país de origen. Durante su estancia en el territorio nacional, los asilados políticos y refugiados podrán desempeñar labores remuneradas.

ARTÍCULO 81.- (**Modificado**) El Ministerio de Relaciones Exteriores informa a la Dirección de Inmigración y Extranjería cuando el Consejo de Ministros, en el ejercicio de sus facultades constitucionales, otorga asilo político a un extranjero o persona sin ciudadanía o cuando estos deben admitirse en el territorio nacional como refugiados, a los efectos de que se extienda el correspondiente visado o se apruebe la Residencia Temporal. Asimismo, el Ministerio de Relaciones Exteriores comunica a la Dirección de Inmigración y Extranjería, a los efectos procedentes, el cese de las causas que motivaron la concesión de asilo político o la admisión como refugiados de extranjeros o personas sin ciudadanía. *(El Decreto No. 305 de 11 de octubre de 2012, modifico este artículo, el que quedó redactado en la forma que se consigna).*

ARTÍCULO 82.- Se clasifican como Residentes Temporales, los periodistas, corresponsales, representantes de la prensa, cine, televisión, y otros medios de difusión, extranjeros o personas sin ciudadanía, que sean admitidos para ejercer su función periodística en el territorio nacional, siempre y cuando en su país se concedan iguales facilidades a los periodistas de las agencias de prensa cubanas, y que sean acreditados por la Dirección de Prensa, Divulgación y Relaciones Culturales del Ministerio de Relaciones Exteriores.

ARTÍCULO 83.- Se clasifican como Residentes Temporales, los representantes comerciales y agentes de negocios extranjeros o personas sin ciudadanía que arriben a Cuba para dedicarse a actividades del comercio exterior.

ARTÍCULO 84.- Los extranjeros y personas sin ciudadanía clasificados como Residentes Temporales, podrán ser admitidos en Cuba por el tiempo necesario para cumplimentar las actividades que motiven su entrada, y no están autorizados para realizar otras distintas, sean éstas remuneradas o no, salvo lo establecido en el artículo 80

en cuanto a asilados políticos y refugiados. Los organismos u organizaciones bajo cuya responsabilidad sean admitidos en Cuba extranjeros y personas sin ciudadanía bajo la clasificación de Residentes Temporales están en la obligación de notificar a la Dirección de Inmigración y Extranjería el cese de las actividades de dichos extranjeros o personas sin ciudadanía, dentro del término improrrogable de 7 días naturales posteriores a la conclusión de las mismas, a los efectos de su reembarque.

ARTÍCULO 85.- Los cónyuges e hijos menores que se admitan en compañía de Residentes Temporales, se asimilan a dicha clasificación.

ARTÍCULO 86.- Los extranjeros y personas sin ciudadanía clasificados como Turistas, Transeúntes, Periodistas y Representantes Comerciales, para ser admitidos en Cuba, deberán hallarse en posesión de los recursos financieros necesarios para cubrir sus gastos normales durante su estancia en Cuba, de acuerdo con lo establecido por el Banco Central de Cuba.

ARTÍCULO 87.- Los extranjeros y personas sin ciudadanía clasificados como Turistas, Transeúntes, Estudiantes, Religiosos, Artistas, Periodistas y Representantes Comerciales para ser admitidos en Cuba deberán hallarse en posesión de pasaje para regresar a su país de procedencia o continuar viaje a un tercer país, y de las visas o permisos necesarios al efecto. El requisito de pasaje de continuación de viaje o regreso, podrá ser suplido por el depósito de una fianza suficiente para cubrir su importe en el Banco Nacional e Cuba; pero en otro caso las empresas transportadoras no podrán, sin autorización expresa de la Dirección de Inmigración y Extranjería, cancelar, devolver el importe, ni cambiar a favor de otra persona, los pasajes de regreso de los referidos extranjeros o personas sin ciudadanía, mientras se encuentren en el territorio nacional, de manera que dichos pasajes no puedan ser utilizados más que por ellos mismos, y al solo objeto de salir de Cuba. La infracción de este precepto dará lugar a una multa hasta de cien pesos (\$100.00).

ARTÍCULO 88.- Los extranjeros, ciudadanos de países con los que Cuba tenga celebrado Convenio de Exención de Visado, salvo este requisito de la visa, vendrán obligados a cumplir los demás requisitos establecidos en el presente Reglamento para la clasificación que les corresponda.

SECCIÓN VII De los Residentes Permanentes

ARTÍCULO 89.- Se considerarán Residentes Permanentes, los extranjeros y personas sin ciudadanía a quienes se les haya otorgado tal categoría antes de la publicación de este Reglamento, y aquellos que Sean admitidos para fijar su domicilio definitivo en el territorio nacional y cumplan los requisitos establecidos.

ARTÍCULO 90.- Los ciudadanos cubanos que residen permanentemente en Cuba podrán reclamar la entrada o permanencia como Residentes Permanentes, de sus padres, hijos y cónyuges extranjeros o sin ciudadanía, siempre que acrediten debidamente el parentesco. Para acogerse a lo establecido en este Artículo, el matrimonio debe haber sido formalizado conforme a las leyes cubanas.

ARTÍCULO 91.- Los extranjeros y personas sin ciudadanía que no se encuentren comprendidos en el artículo anterior, también podrán solicitar su entrada en Cuba como Residentes Permanentes, siempre que obtengan la visa y autorización de la Dirección de Inmigración y Extranjería, según los requisitos establecidos.

SECCIÓN VIII (MODIFICADA) De los residentes de inmobiliarias

(El Decreto No. 305 de 11 de octubre de 2012, modifico el título de esta sección, el que quedó redactado en la forma que se consigna)

ARTÍCULO 92.- **(Modificado)** Se clasifican como residentes de inmobiliarias las personas naturales extranjeras propietarias o arrendatarias de viviendas en complejos inmobiliarios en el territorio nacional y sus familiares extranjeros residentes en esos inmuebles. *(El Decreto No. 305 de 11 de octubre de 2012, modifico este artículo, el que quedó redactado en la forma que se consigna).*

ARTÍCULO 93.- **(Modificado)** Los extranjeros clasificados como residentes de inmobiliarias, podrán ser admitidos en Cuba por un año, prorrogable sucesivamente por igual término. *(El Decreto No. 305 de 11 de octubre de 2012, modifico este artículo, el que quedó redactado en la forma que se consigna).*

SECCIÓN IX (ADICIONADA)

Del visado

(El Decreto No. 305 de 11 de octubre de 2012, adiciono esta sección, la que quedó denominada en la forma que se consigna).

ARTÍCULO 94.1.- (**Modificado**) El visado de pasaporte o documento equivalente es válido para un solo viaje y durante el tiempo de vigencia autorizado, siempre que se utilice para entrar al país dentro de un período de tres meses a partir de la fecha de expedición, prorrogable por igual período. El tiempo que se autorice en el visado para permanecer en el territorio nacional, no podrá exceder el término previsto para cada visa, ni el de validez del pasaporte o documento de viaje equivalente.

2. Las visas, según las categorías de los extranjeros que las solicitan, se clasifican en:

- a) Visitante.
- b) Diplomático.
- c) Oficial.
- d) Residente Temporal.
- e) Residente Permanente.
- f) Residente de Inmobiliaria.

Los ministros del Interior y de Relaciones Exteriores quedan facultados para establecer las subclasificaciones de las visas cuyo otorgamiento se les encomienda por el presente Reglamento.

(El Decreto No. 305 de 11 de octubre de 2012, modifíco este artículo, el que quedó redactado en la forma que se consigna).

ARTÍCULO 95.- El Ministro de Relaciones Exteriores designará los funcionarios facultados para autorizar que se extiendan Visa Diplomática y Visa Oficial, así como los funcionarios de las representaciones diplomáticas y consulares y otras oficinas cubanas en el exterior, que practicarán los trámites y diligencias de visado de pasaportes o documentos de viajes equivalentes.

ARTÍCULO 96.- Las solicitudes de Visa Diplomática se formularán ante las representaciones diplomáticas o consulares cubanas, en el país de residencia o tránsito del solicitante.

ARTÍCULO 97.- Se otorga Visa diplomática a:

a) Los extranjeros que deban arribar al territorio nacional para representar al gobierno que lo designa ante el Gobierno de la República de Cuba, en calidad de agentes diplomáticos o consulares, conforme a las categorías y clasificaciones establecidas en las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y sobre Relaciones Consulares de 1963, y otros Tratados suscritos por Cuba, así como los familiares de dichos agentes en los términos señalados en dichas Convenciones y Tratados; y podrán permanecer en el territorio nacional durante el tiempo que dure la representación que ostentan. A esta categoría se asimilan los funcionarios de Naciones Unidas y de otros organismos internacionales acreditados ante el Gobierno de la República de Cuba, o con sede en nuestro país, así como sus familiares que vivan a su abrigo.

b) Los extranjeros que deban entrar al territorio nacional empleados o contratados por las misiones diplomáticas o consulares como personal administrativo y técnico, de servicio de la Misión y de servidumbre particular de los miembros de la Misión, en los términos establecidos en las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y sobre Relaciones Consulares de 1963, y en otros Tratados suscritos por Cuba; y podrán permanecer en el territorio

nacional durante el tiempo que dure su trabajo en tal carácter. Se asimilan a esta categoría los que prestan tal servicio a los funcionarios de Naciones Unidas y de organismos internacionales acreditados ante el Gobierno de la República o con sede en nuestro país.

c) Los extranjeros, agentes diplomáticos y sus familiares, titulares de Pasaporte Diplomático expedido por sus respectivos gobiernos que hayan de pasar por Cuba en tránsito, siempre que los países correspondientes concedan igual trato a Cuba. Se asimila a esta categoría el personal en tránsito referido en el Inciso anterior.

ch) Los extranjeros, funcionarios de gobiernos extranjeros, que no son agentes diplomáticos y que vienen a Cuba, en Misión Oficial de su Gobierno permaneciendo en el territorio nacional por el tiempo que dure su misión, según la solicitud que formulen las autoridades correspondientes de su país.

d) Los extranjeros que deban entrar al territorio nacional como correos diplomáticos y sean titulares de un documento oficial, expedido por sus respectivos gobiernos, en el que conste su condición de tal; y podrán permanecer en el territorio nacional durante el tiempo que dure su trabajo en tal carácter.

ARTÍCULO 98.- Se otorga Visa Oficial a:

a) Los Invitados del Comité Central del Partido Comunista de Cuba, el Estado y del Gobierno.

b) Los Invitados de Organismos Estatales y de Organizaciones cubanas. El Ministro de Relaciones Exteriores cursará la autorización de Visa Oficial por indicación de las autoridades competentes.

ARTÍCULO 99.- Otorgada que sea una Visa Diplomática u Oficial, el Ministerio de Relaciones Exteriores lo comunicará a la Oficina del Servicio Exterior que corresponda, para que la diligencie y entregue sin otro trámite, y a la Dirección de Inmigración y Extranjería para su conocimiento.

ARTÍCULO 100.- El Ministro del Interior designará los funcionarios facultados para otorgar o denegar las Visas de Visitantes, Residente Temporal y Residentes.

ARTÍCULO 101.- Las solicitudes de las visas señaladas en el artículo anterior, se formularán ante la representación diplomática o consular u otra oficina cubana autorizada al efecto, en el lugar donde se encuentre el interesado, las que remitirán dichas solicitudes a la Dirección de Inmigración y Extranjería por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores.

ARTÍCULO 102.- El extranjero o persona sin ciudadanía que desee viajar a Cuba como Turista no sujeto a Programa de Visita, deberá formular su solicitud con la antelación que se establezca a la fecha prevista del viaje.

ARTÍCULO 103.- El extranjero o persona sin ciudadanía que desee viajar a Cuba como Turista sujeto a Programa de Visita, deberá presentar su solicitud de visa por conducto de la agencia de turismo que contratare el viaje con las empresas del Ministerio de Turismo.

ARTÍCULO 104.- Los extranjeros o personas sin ciudadanía que deseen viajar a Cuba como Transeúntes, formularán su solicitud con no menos de dos meses de antelación a la fecha prevista del viaje.

ARTÍCULO 105.- Los extranjeros o personas sin ciudadanía de la categoría de Pasajeros en Transbordo o de Tránsito, que deban permanecer por más de 72 horas en Cuba, formularán su solicitud de visa con no menos de 15 días de antelación a la fecha prevista del viaje.

ARTÍCULO 106.- Las solicitudes de admisión de Residentes Temporales se presentarán por los organismos estatales y organizaciones sociales y de masa interesados, ante la Dirección de Inmigración y Extranjería, o ante los correspondientes órganos provinciales de Inmigración y Extranjería con no menos de 15 días de antelación a la fecha prevista del viaje.

ARTÍCULO 107.- El funcionario designado por el Ministro del Comercio Exterior y la Inversión Extranjera, formulará la solicitud de admisión de los técnicos extranjeros o sin ciudadanía, las misiones técnicas y las delegaciones de colaboración económica y científicotécnica, así como del personal técnico extranjero o sin ciudadanía que viaje para realizar supervisiones de montaje, construcciones de plantas y otras tareas especializadas. Asimismo, los funcionarios designados por los Jefes de Organismos de la Administración Central del Estado que requieran la admisión en Cuba de otros técnicos, científicos y demás extranjeros o personas sin ciudadanía contratados para trabajar en nuestro país, formularán la correspondiente solicitud a favor de los mismos.

ARTÍCULO 108.- Los funcionarios designados por el Ministro de Educación Superior o por el Ministro de Educación, y por otros Ministros y Jefes de Organismos que tengan a su cargo centros de estudios, formularán las solicitudes de admisión de estudiantes o becarios extranjeros o sin ciudadanía.

ARTÍCULO 109.- Los funcionarios designados por el Ministro de Cultura, o por el Presidente del Instituto Cubano de Radio y Televisión, formularán la solicitud de admisión de artistas extranjeros o personas sin ciudadanía contratados para actuar en Cuba.

ARTÍCULO 110.- El funcionario designado por el Presidente del Instituto Nacional de Deportes, Educación Física y Recreación formulará la solicitud de admisión de deportistas o auxiliares de equipos de deportes, e integrantes de delegaciones deportivas en general, extranjeros o personas sin ciudadanía, para participar en actividades deportivas en Cuba.

ARTÍCULO 111.- Los representantes legales de los cultos, religiones y sextas religiosas debidamente inscriptos y autorizados para el ejercicio en Cuba de su fe, formularán las solicitudes de entrada de los extranjeros o personas sin ciudadanía que deseen sean admitidos en el territorio nacional con el carácter de religioso o representantes de dichos cultos, religiones o sectas.

ARTÍCULO 112.- La agencia u organismo de prensa o radiodifusión que desee acreditar un periodista extranjero o sin ciudadanía permanentemente en Cuba, o el periodista extranjero que desee realizar un trabajo profesional por su cuenta en Cuba, deberá dirigir la solicitud al Centro de Prensa Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores. La citada Dirección, cuando proceda, solicitará la admisión en Cuba de las personas señaladas en el párrafo anterior.

ARTÍCULO 113.- El funcionario designado por el Ministro del Comercio Exterior y la Inversión Extranjera solicitará la admisión, en los casos que proceda, directamente a la Dirección de Inmigración y Extranjería, de los extranjeros y personas sin ciudadanía que deseen entrar a Cuba como representantes comerciales o agentes de negocios.

ARTÍCULO 114.- Los residentes en Cuba interesados en la entrada como transeúntes o Residentes Permanentes de familiares o amigos extranjeros o sin ciudadanía, formularán su solicitud ante la Dirección de Inmigración y Extranjería, en la provincia de La Habana y el Municipio Especial de Isla de la Juventud; o ante el órgano provincial de Inmigración y Extranjería correspondiente, en las restantes, con no menos de tres meses de antelación a la fecha prevista del viaje; y acompañarán declaración jurada ante Notario Público responsabilizándose por su eventual alojamiento y manutención mientras dure su visita, o hasta que comiencen a desempeñar labores remuneradas o a percibir ingresos propios, si entrasen para residir permanentemente.

ARTÍCULO 115.- Los extranjeros y personas sin ciudadanía mayores de edad, para solicitar su admisión como Residentes Permanentes al territorio nacional, deberán concurrir a la representación diplomática o consular u oficina cubana en el exterior expresamente autorizada al efecto, que se encuentre más próxima al lugar de su domicilio habitual, y llenar una solicitud en que consten sus generales, a la que acompañarán una certificación de nacimiento, una certificación de residencia habitual, exámenes radiográficos y serológicos, y prueba de su capacidad técnica o práctica, solvencia económica, relaciones o vinculaciones familiares o laborales en Cuba y la explicación de los motivos de la solicitud.

ARTÍCULO 116.- Los funcionarios autorizados ante quien se presente la solicitud a que se refiere el artículo anterior, deberán certificar que los documentos acompañados son expedidos conforme a las leyes del país de que se trate y que los exámenes y análisis han sido realizados por personas competentes para ello.

ARTÍCULO 117.- Recibida que sea la solicitud de entrada de un extranjero o persona sin ciudadanía como Transeúnte o Residente Permanente, la Dirección de Inmigración y Extranjería radicará expediente y procederá a citar, a través del órgano provincial de Inmigración y Extranjería, en su caso, a un miembro mayor de 18 años de edad del núcleo familiar que el solicitante pretende visitar, o con quien pretende residir. La incomparecencia de esta persona podrá motivar que se archive el expediente, sin otro trámite que la comunicación al interesado a través de la correspondiente oficina cubana en el extranjero.

ARTÍCULO 118.- Al comparecer ante el funcionario de Inmigración la persona citada según el Artículo anterior, se le preguntará si desea formular invitación a favor del solicitante, y en caso afirmativo deberá suscribir la solicitud correspondiente, responsabilizándose por los eventuales alojamiento y manutención de aquel mientras dure su visita o hasta que comience a desempeñar labores remuneradas o a percibir ingresos propios, si entrase a residir permanentemente en Cuba.

Si el compareciente no estuviese de acuerdo con la solicitud, lo hará constar por escrito que se incorporará al expediente, que en este caso podrá ser denegado sin otro trámite que la comunicación al interesado.

ARTÍCULO 119.- (**Modificado**) Los funcionarios designados por el Ministro de Turismo formularán la solicitud de admisión de extranjeros o personas sin ciudadanía que sean propietarios o arrendatarios de vivienda en complejos inmobiliarios, así como a sus familiares extranjeros que lo requieran para su estancia en Cuba. El Ministerio de Turismo comunicará a la Dirección de Inmigración y Extranjería, a los efectos procedentes, el cese de las causas que motivaron el otorgamiento a un extranjero o persona sin ciudadanía, de la visa de Residente de Inmobiliaria y que determinó su admisión en Cuba bajo esa clasificación. *(El Decreto No. 305 de 11 de octubre de 2012, modificó este artículo, el que quedó redactado en la forma que se consigna).*

ARTÍCULO 120.- La Dirección de Inmigración y Extranjería comunicará al Ministerio de Relaciones Exteriores la respuesta a las solicitudes de Visas de Visitantes, Residente Temporal y Residente a los efectos de que se tramite y expida la correspondiente visa, o se comunique su denegación al interesado, a través de la oficina en que formuló su solicitud.

ARTÍCULO 121.- Por solicitud de un miembro del Consejo de Ministros, la Dirección de Inmigración y Extranjería podrá otorgar autorización especial a favor de un extranjero para que en cualquier momento durante un período hasta de un año le sea extendida, cada vez que la solicite, visa múltiple de Residente Temporal en determinada representación diplomática o consular u otra oficina cubana autorizada en el exterior, con la simple presentación de su Pasaporte.

ARTÍCULO 122.- El Ministro de Relaciones Exteriores y el Ministro del Interior quedan facultados para designar los funcionarios que resolverán las solicitudes de visa cuya tramitación se encomienda por el presente Reglamento a sus respectivos Ministerios, así como regular la forma, confección, expedición y entrega de dichas visas y para dictar las instrucciones complementarias que resulten necesarias para el mejor cumplimiento de lo establecido en este Capítulo.

CAPÍTULO III
DE LAS SALIDAS DEL TERRITORIO NACIONAL
SECCIÓN I
Generalidades

ARTÍCULO 123.- **(Derogado)**
ARTÍCULO 124.- **(Derogado)**
ARTÍCULO 125.- **(Derogado)**

SECCIÓN II
De la salida del país por asuntos oficiales

ARTÍCULO 126.- **(Derogado)**
ARTÍCULO 127.- **(Derogado)**
ARTÍCULO 128.- **(Derogado)**
ARTÍCULO 129.- **(Derogado)**
ARTÍCULO 130.- **(Derogado)**

SECCIÓN III
De la salida del país por asuntos particulares

ARTÍCULO 131.- **(Derogado)**
ARTÍCULO 132.- **(Derogado)**
ARTÍCULO 133.- **(Derogado)**
ARTÍCULO 134.- **(Derogado)**
ARTÍCULO 135.- **(Derogado)**
ARTÍCULO 136.- **(Derogado)**
ARTÍCULO 137.- **(Derogado)**

SECCIÓN IV
Disposiciones Comunes

ARTÍCULO 138.- **(Derogado)**
ARTÍCULO 139.- **(Derogado)**
ARTÍCULO 140.- **(Derogado)**
ARTÍCULO 141.- **(Derogado)**

(El Decreto No. 305 de 11 de octubre de 2012, derogó los artículos del 123 al 141).

CAPÍTULO IV
DE LOS DESPACHOS MIGRATORIOS

ARTÍCULO 142.- La Dirección de Inmigración y Extranjería dictará las medidas necesarias y aplicará las formalidades que requiera el despacho de las naves marítimas y aéreas, de manera que se cumplan las disposiciones y requisitos sobre migración establecidos en la Ley de Migración y en el presente Reglamento. No se considerarán desembarcados los pasajeros mientras no hayan sido legalmente despachados por los funcionarios competentes de la Dirección de Inmigración y Extranjería. Cuando una nave marítima o aérea entre o salga del territorio nacional, sin haber cumplido los requisitos o trámites de despacho e inspección a cargo de

los funcionarios de Inmigración incurrirá en infracción que podrá ser sancionada por el Ministerio del Interior con multa administrativa hasta de cinco mil pesos (\$5.000).

ARTÍCULO 143.- Las empresas transportadoras proveerán a todos los pasajeros que arriben al territorio nacional excepto los residentes que regresen al mismo, de una tarjeta que se denominará de Embarque-Desembarque. Dicha tarjeta se expedirá por duplicado y el original quedará en poder del Inspector de Inmigración y Extranjería que despache la entrada, quien indicará al pasajero que conserve el duplicado. Este duplicado será recogido por el Inspector de Inmigración que despache la salida del pasajero de que se trate. Las Tarjetas de Embarque-Desembarque se expedirán de acuerdo con el Manifiesto de Pasajeros de los buques y aeronaves y conforme a las instrucciones que referente a su contenido disponga la Dirección de Inmigración y Extranjería. Las faltas de concordancia o de requisitos en la expedición de las tarjetas de Embarque-Desembarque que dificulten y entorpezcan el despacho de pasajeros, motivarán que éstos no sean despachados hasta que sean subsanadas dichas faltas. A todo residente que salga del territorio nacional se le proveerá asimismo de una tarjeta de Embarque-Desembarque, de la que entregará el original debidamente llenado al Inspector, conservando el duplicado para entregarlo en el momento del despacho de entrada a su regreso.

ARTÍCULO 144.- Ninguna nave marítima o aérea que haya traído Pasajeros de Tránsito, podrá zarpar o despegar del puerto o aeropuerto de arribada si no lleva a bordo todos los pasajeros de esa clase que haya traído al territorio nacional, salvo cuando sea expresamente autorizado por la Dirección de Inmigración y Extranjería. Las empresas transportadoras que trasladen a Cuba Pasajeros en Transbordo, serán responsables de que éstos continúen viaje en la nave que corresponda. Toda empresa transportadora, que haya desembarcado en territorio nacional Pasajeros en Tránsito o de Transbordo, que no continúen viaje en la forma establecida en este Artículo, será responsable de los gastos de alojamiento, manutención, vigilancia, cuidado y reembarque de dichos pasajeros; no obstante lo cual, si los referidos pasajeros permanecieran en el país por un término mayor de setenta y dos horas, salvo el caso de fuerza mayor, el Ministerio del Interior podrá imponer a las citadas empresas una multa hasta de cien pesos (\$100.00), por cada infracción.

ARTÍCULO 145.- Si al momento de salir una nave marítima o aérea, por cualquier causa quedare en tierra algún extranjero o persona sin ciudadanía tripulante del mismo, el Capitán, dueño, agente o consignatario deberá, antes de partir la nave, dar cuenta a la Dirección de Inmigración y Extranjería aportándole todos los antecedentes que tengan en su poder para la identificación, búsqueda y captura del tripulante; los gastos de búsqueda, internamiento, manutención y reembarque, serán por cuenta de la empresa transportadora a que pertenezca la nave en que esté enrolado. Cada infracción de lo dispuesto en este Artículo, podrá originar que por el Ministerio del Interior, sin perjuicio del pago de los gastos señalados en el párrafo anterior, se le imponga a la citada empresa una multa hasta de cien pesos (\$100.00) por introducción en el territorio nacional de extranjeros o personas sin ciudadanía que no han cumplido los requisitos migratorios establecidos.

ARTÍCULO 146.- El Ministerio del Interior impondrá multa administrativa hasta de mil pesos (1.000.00) a la empresa transportadora o a su representante legal como responsable solidario, si en ocasión de retener bajo su responsabilidad a bordo de la nave a un polizón, éste lograra fugarse y penetrar en el territorio nacional, salvo que se demuestre que la fuga se produjo a pesar de haberse tomado todas las medidas de seguridad para mantenerlo a bordo.

ARTÍCULO 147.- El Ministerio del Interior impondrá multa administrativa hasta de cien pesos (\$100.00) a quienes se demostrare que, estando obligados a cumplirla, infrinjan cualesquiera otras de las disposiciones de la Ley de Migración o del presente Reglamento.

ARTÍCULO 148.- El Jefe de la Dirección de Inmigración y Extranjería o los funcionarios en quien este delegue impondrá las multas a que se refieren la Ley de Migración y el presente Reglamento mediante resolución dictada en el expediente que se incoará en cada caso que conozca, y en el que se oirá a la parte afectada. Las multas se harán efectivas mediante el ingreso de su importe en una agencia del Banco Nacional de Cuba en la forma que este organismo regule.

ARTÍCULO 149.- Sin perjuicio de lo dispuesto en este Reglamento, las empresas transportadoras tendrán en todo caso la obligación de transportar al país de origen o procedencia, a aquellos extranjeros o personas sin ciudadanía que hubiesen traído al territorio nacional, cuando la Dirección de Inmigración y Extranjería por cualquier causa, disponga su reembarque dentro del primer año de su arribo.

CAPÍTULO V DISPOSICIONES COMUNES

ARTÍCULO 150.- (Derogado)

(El Decreto No. 305 de 11 de octubre de 2012, derogó este artículo).

ARTÍCULO 151.- (Derogado)

(El Decreto No. 305 de 11 de octubre de 2012, derogó este artículo).

ARTÍCULO 152.- La Dirección de Inmigración y Extranjería mantendrá el registro actualizado de las firmas de los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores autorizados para diligenciar y expedir visas, permisos de entradas y prórrogas de permisos; así como de las de los funcionarios de órganos y organismos estatales y de organizaciones políticas, sociales y de masa autorizadas para la presentación de solicitudes o para recoger documentos de viaje expedidos por interés de aquellos. El registro de firmas dispuesto en el párrafo anterior se efectuará por solicitud escrita de los jefes nacionales o provinciales de los órganos y organismos estatales y organizaciones políticas, sociales y de masa.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA: (Derogada)

SEGUNDA: (Derogada)

(El Decreto No. 305 de 11 de octubre de 2012, derogó las disposiciones transitorias Primera y Segunda).

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA: (Derogada)

(El Decreto No. 305 de 11 de octubre de 2012, derogó esta Disposición).

SEGUNDA: El presente Reglamento entrará en vigor a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República. Dado en el Palacio de la Revolución, en la Ciudad de La Habana, a los 19 días del mes de julio de 1978.

Fidel Castro Ruz

Presidente del Consejo de Ministros

Sergio del Valle Jiménez

Ministro del Interior

Osmany Cienfuegos Gorriarán

Secretario del Consejo de Ministros y de su Comité Ejecutivo

ANEXO III – Decreto n. 306

DECRETO No. 306

POR CUANTO: El Decreto-Ley número 302 de 11 de octubre de 2012, modificativo de la Ley número 1312 de 20 de septiembre de 1976, “Ley de Migración”, establece que el Consejo de Ministros dispone las normas dirigidas a preservar la fuerza de trabajo calificada para el desarrollo económico, social y científico-técnico del país.

POR TANTO: El Consejo de Ministros en el ejercicio de las atribuciones que le están conferidas en el artículo 98, inciso k) de la Constitución de la República de Cuba, decreta lo siguiente:

SOBRE EL TRATAMIENTO HACIA LOS CUADROS, PROFESIONALES Y ATLETAS QUE REQUIEREN AUTORIZACIÓN PARA VIAJAR AL EXTERIOR

ARTÍCULO 1.- Son sujetos del tratamiento regulado en este Decreto los comprendidos en las categorías siguientes:

- a) Cuadros categorizados como directivos superiores y directivos en los aparatos centrales de los órganos, organismos, entidades nacionales, consejos de la Administración y organizaciones superiores de dirección empresarial, así como los directivos y ejecutivos que se desempeñan en actividades vitales para el desarrollo económico, social y científico-técnico del país y en cargos con facultades decisorias sobre los recursos financieros y materiales;
- b) graduados de la educación superior que realizan actividades vitales para el desarrollo económico, social y científico-técnico del país en los programas estratégicos, proyectos de investigación y servicios de salud;
- c) técnicos de nivel medio especializados que realizan actividades vitales para mantener los servicios de salud y la actividad científico-técnica;
- d) atletas de alto rendimiento, técnicos y entrenadores vitales para el movimiento deportivo cubano.

ARTÍCULO 2.- El tratamiento a los sujetos que se refieren en el artículo anterior es el siguiente:

- a) Los comprendidos en los incisos a), b) y d) pueden ser autorizados, previo análisis de cada caso, a viajar al exterior por asuntos particulares. Cuando la solicitud es para residir en el exterior, son autorizados en un plazo que no exceda de cinco años naturales, desde la fecha en que se solicita. Durante este plazo se realiza el entrenamiento del relevo en la actividad vital de que se trate, en los casos que corresponda.
- b) Los comprendidos en el inciso c) reciben similar tratamiento a lo establecido en el numeral anterior. Cuando la solicitud es para residir en el exterior, se autorizan en un plazo que no exceda de los tres años naturales, desde la fecha en que se solicita. Para los sujetos comprendidos en el Artículo 1, la desvinculación del trabajo no exonera del cumplimiento de los plazos establecidos para que se autorice la solicitud de residir en el exterior. Cuando el jefe facultado considere que existen razones humanitarias, autoriza la salida al exterior de los sujetos de este Decreto, incluidos en las regulaciones anteriores, sin atenerse a los términos establecidos. En el caso de los cuadros se cumple el procedimiento específico dictado a esos efectos, de forma expedita.

ARTÍCULO 3.- La autorización para viajar al exterior por asuntos particulares de los sujetos comprendidos en las categorías establecidas en el Artículo 1, es facultad de los jefes de los órganos, organismos, entidades nacionales, consejos de la Administración y organizaciones superiores de dirección empresarial autorizadas, en lo adelante jefes facultados. Los cuadros pueden ser autorizados previo análisis en la Comisión de Cuadros y para las otras categorías el jefe facultado podrá oír el parecer de los órganos consultivos de la entidad que corresponda.

ARTÍCULO 4.- Los jefes facultados fundamentan y proponen al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, los cargos y funciones de los sujetos comprendidos en el Artículo 1, que están sujetos a las regulaciones del presente Decreto. En el caso de los cuadros, los jefes facultados realizan este proceso de conjunto con la Dirección de Cuadros del Estado y del Gobierno. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social realiza el proceso de análisis y consultas que se requieran y presenta la propuesta a la aprobación del Consejo de Ministros. Cuando sea necesario adicionar o eliminar un cargo, los jefes facultados fundamentan y proponen al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social las modificaciones necesarias, en el mes de noviembre de cada año.

ARTÍCULO 5.- El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social organiza y controla el sistema automatizado que incluye a los cuadros y profesionales que, conforme a lo aprobado por el Consejo de Ministros, requieren de autorización para viajar al exterior por asuntos particulares. En el caso de los cuadros tiene acceso a dicho sistema, la Dirección de Cuadros del Estado y del Gobierno. A tales fines, los jefes facultados son los responsables de tributar y actualizar la información contenida en dicho sistema.

ARTÍCULO 6.- La estructura del sistema al que se hace referencia en el Artículo 5 se define por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a partir de los datos de identidad permanente de las personas.

ARTÍCULO 7.- Los graduados de los cursos diurnos sujetos al cumplimiento del servicio social, pueden ser autorizados a viajar por asuntos particulares. El tiempo que permanezcan en el exterior no se considera a los efectos del cumplimiento del servicio social. Cuando la solicitud es para residir en el exterior, se aplican las medidas establecidas en la legislación para los que incumplen el servicio social. Los graduados comprendidos en las categorías establecidas en el Artículo 1, se rigen por lo dispuesto en este Decreto.

ARTÍCULO 8.- Los jefes facultados informan a los trabajadores que son sujetos de las regulaciones de este Decreto, su contenido y las disposiciones complementarias.

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA: Dentro de los 40 días naturales posteriores a la fecha de la publicación del presente Decreto, el jefe facultado, con respecto a las entidades subordinadas, presenta al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la fundamentación de los cargos y funciones que proponen integren el sistema automatizado de los cuadros y profesionales que requieren autorización para viajar al exterior por asuntos particulares, conforme a los procedimientos administrativos establecidos. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en el término de 60 días naturales posteriores a la fecha de la publicación del presente Decreto, presenta la propuesta al Consejo de Ministros.

SEGUNDA: Se faculta al Ministro de Trabajo y Seguridad Social para emitir las regulaciones necesarias para el mejor cumplimiento de lo que con respecto a los profesionales este Decreto establece. Los jefes facultados regulan los procedimientos internos en sus respectivos sistemas, de acuerdo con lo regulado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y a las normas específicas dictadas para los cuadros.

TERCERA: Los órganos, organismos, entidades nacionales, organizaciones superiores de dirección empresarial autorizadas y consejos de la Administración, controlan y evalúan anualmente el comportamiento del flujo migratorio y la fluctuación de los cuadros y trabajadores que requieren autorización para viajar al exterior por asuntos particulares, así como su impacto en el desarrollo del sector, rama o actividad y en la estabilidad de los recursos humanos, cuyos resultados se entregan al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que es el encargado de informar al Gobierno sobre las tendencias que se manifiesten.

CUARTA: En los ministerios de las Fuerzas Armadas Revolucionarias y del Interior, así como en las organizaciones políticas, sociales y de masa, se aplica lo que esas instituciones dispongan.

QUINTA: Las disposiciones contenidas en el presente Decreto y su legislación complementaria son de aplicación a los funcionarios, en lo que no se opongan a las regulaciones específicas establecidas para ellos.

SEXTA: Se derogan las disposiciones legales de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en el presente Decreto, que comenzará a regir a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial de la República.

DADO en el Palacio de la Revolución, en la ciudad de La Habana, a los 11 días del mes de octubre de 2012.

Raúl Castro Ruz
Presidente del Consejo
de Ministros

ANEXO IV – Resolución n. 43

TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL RESOLUCIÓN No. 43

POR CUANTO: El Decreto-Ley No. 302 de 11 de octubre de 2012, Modificativo de la Ley No. 1312, “Ley de Migración”, de 20 de septiembre de 1976, y el Decreto No. 306 de esa propia fecha, sobre el tratamiento hacia los cuadros, profesionales y atletas que requieren autorización para viajar al exterior, determinan la necesidad de regular el tratamiento laboral aplicable a los trabajadores.

POR TANTO: En ejercicio de las atribuciones que me están conferidas en el numeral 4, Apartado Segundo del Acuerdo No. 2817 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros,

Resuelvo:

REGULACIONES LABORALES APLICABLES A LOS TRABAJADORES QUE SOLICITAN VIAJAR AL EXTERIOR POR ASUNTOS PARTICULARES

PRIMERO: La presente Resolución tiene como objetivo establecer el tratamiento laboral aplicable por la administración de la entidad a los trabajadores que solicitan viajar al exterior por asuntos particulares.

SEGUNDO: La solicitud se presenta por el trabajador mediante escrito ante el jefe de la entidad, fundamentando los motivos del viaje y las fechas de salida y regreso.

TERCERO: Cuando el trabajador está comprendido en alguna de las categorías que regula el Decreto No. 306 de 11 de octubre de 2012 “Sobre el tratamiento hacia los cuadros, profesionales y atletas que requieren autorización para viajar al exterior”, el jefe de la entidad tramita la solicitud, según los procedimientos internos establecidos por su organismo, ante el jefe del órgano, organismo, entidad nacional, organización superior de dirección empresarial autorizada o consejo de la Administración, en lo adelante el jefe facultado, según corresponda.

CUARTO: Una vez recibida la autorización del jefe facultado, en el caso de los trabajadores comprendidos en el apartado precedente, o aprobarse por el jefe de la entidad para los cuadros y trabajadores no comprendidos en las regulaciones del Decreto No. 306 de 11 de octubre de 2012, se conceden las vacaciones anuales pagadas acumuladas a que tenga derecho el trabajador y excepcionalmente se pueden aprobar días de licencia no retribuida.

QUINTO: La duración de la licencia no retribuida, es determinada por el jefe de la entidad y comunicada por escrito al solicitante. Dicha licencia no debe exceder el plazo de dos meses consecutivos, en el período de un año natural.

SEXTO: En el período de la licencia no retribuida se suspende la relación laboral con la entidad, el pago de salarios, subsidios, prestaciones a corto plazo de la seguridad social y cualquier otro ingreso que perciba el trabajador. Dicho período no se considera laborado a los fines de la acumulación de las vacaciones anuales pagadas, la antigüedad, determinación de la cuantía de las prestaciones de la seguridad social y otros derechos laborales.

SÉPTIMO: Durante esta suspensión se interrumpen los efectos del nombramiento o contrato de trabajo, según corresponda. La relación laboral se reanuda por cesar la causa que dió origen a la suspensión y el trabajador tiene derecho a reincorporarse al cargo que ocupa a su regreso.

OCTAVO: Una vez agotado el término de las vacaciones anuales pagadas y de la licencia no retribuida, sin que el trabajador se haya reincorporado a su labor, la administración de la entidad da por terminada la relación laboral.

NOVENO: El jefe de la entidad, ante la solicitud escrita del trabajador, profesional o atleta, que haya sido autorizado por el jefe facultado a residir en el exterior, da por terminada la relación laboral en un término que no

exceda del establecido, en el Código de Trabajo o, en su caso, en la legislación específica para ello en el sector, rama o actividad que corresponda.

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA: Se derogan las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo establecido en la presente Resolución.

SEGUNDA: La presente Resolución surtirá efecto a partir del 14 de enero de 2013.

Archívese el original de esta Resolución en la Dirección Jurídica de este Ministerio.

PUBLÍQUESE en la Gaceta Oficial de la República.

Dada en La Habana, a los 13 días del mes de octubre de 2012.

Margarita M. González Fernández
Ministra de Trabajo y Seguridad Social

ANEXO V – Resolución n. 44

RESOLUCIÓN No. 44

POR CUANTO: El Decreto No. 26, “Reglamento de la Ley de Migración”, de fecha 19 de julio de 1978, tal como fue modificado por el Decreto No. 305 de 11 de octubre de 2012, en su artículo 48, Apartado 2, responsabiliza al Ministerio del Interior con establecer los procedimientos para la tramitación de las solicitudes que presentan los ciudadanos cubanos emigrados, con el objetivo de establecer su residencia en el territorio nacional.

POR TANTO: En el ejercicio de la atribución que me está conferida, en el numeral 4, Apartado Tercero, del Acuerdo No. 2817, del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, de 25 de noviembre de 1994,

SOBRE EL PROCEDIMIENTO PARA RESOLVER LAS SOLICITUDES DE RESIDENCIA EN EL TERRITORIO NACIONAL QUE PRESENTAN LOS CIUDADANOS CUBANOS EMIGRADOS

PRIMERO: La presente Resolución tiene como objetivo establecer el procedimiento mediante el cual los ciudadanos cubanos emigrados presentan las solicitudes de residencia en el territorio nacional.

SEGUNDO: Los ciudadanos cubanos emigrados que soliciten establecer su residencia en el territorio nacional, ante los Consulados Cubanos en el exterior o la Oficina de Trámites del Ministerio del Interior que corresponda, deben cumplir los requisitos siguientes:

- a) Presentar la solicitud.
- b) Presentar el Pasaporte Corriente vigente.
- c) Informar la persona de referencia que en Cuba se compromete a garantizar su alojamiento y manutención cuando corresponda, hasta tanto el interesado pueda disponer de vivienda e ingresos propios.
- d) Pagar el impuesto o arancel consular, según corresponda, de acuerdo con la legislación vigente.

TERCERO: Las solicitudes de las personas a que se refiere el apartado anterior deben informar sobre la vía utilizada para emigrar y las causas por las que solicita su residencia nuevamente en Cuba, así como los datos de identidad y el pasaporte vigente de los menores de edad o incapaces que lo acompañen.

CUARTO: Las respuestas a las solicitudes de residencia en Cuba, que presentan los ciudadanos cubanos emigrados, se resuelven por la Dirección de Inmigración y Extranjería en el término de 90 días, y se notifican a través de los Consulados Cubanos o las Oficinas de Trámites del Ministerio del Interior donde fueron presentadas.

QUINTO: En el acto de notificación de la respuesta a los ciudadanos cubanos emigrados, donde se aprueba la residencia del interesado en el territorio nacional, se les entregará además un documento para que se presente en la Oficina de trámites correspondiente del Ministerio del Interior, a fin de registrar o actualizar su identificación en el país.

SEXTO: Cuando se trate de personas que se encuentren cumpliendo sanción de privación de libertad, bajo la clasificación migratoria de emigrados, podrán designar a un familiar para que los represente en el trámite a que se refiere la presente Resolución.

DISPOSICIÓN FINAL

ÚNICA: La presente Resolución entra en vigor a partir del 14 de enero de 2013.

Archívese el original de esta Resolución en el Departamento Jurídico del Ministerio del Interior.

PUBLÍQUESE en la Gaceta Oficial de la República.

Dada en La Habana, a los 13 días del mes de octubre de 2012.

Ministro del Interior
General de Cuerpo de Ejército
Abelardo Colomé Ibarra