

UMA NOVA CULTURA CONSTITUCIONAL PARA O RECONHECIMENTO DO IMIGRANTE

A NEW CONSTITUTIONAL CULTURE FOR IMMIGRANT RECOGNITION

Fernanda da Rosa Cristino¹

Resumo: A mobilidade humana internacional, na atualidade, é caracterizada pela intensidade e pela complexidade a demandar tratamento específico. Ela questiona a herança do Estado Nacional, a relação contraditória estabelecida entre o ordenamento e a realidade, desvelando o interesse dominante marcadamente econômico. Haja vista a composição própria dos Estados, cada vez mais multiculturais, com investimentos e relações transnacionais, como se pode conviver com a explícita violação de direitos humanos dos povos nas fronteiras? Considerando que a abordagem desse impasse carece de uma nova postura do ordenamento jurídico diante da interpretação das garantias existentes e o reconhecimento de novas, este estudo apresenta a problemática do imigrante econômico internacional e a ideia de Constituição como ciência da cultura ou Constituição aberta. Em face da oposição desta à concepção liberal e ao estímulo a uma compreensão construtivista adequada à compreensão de uma nova forma de convivência humana que prescinde as fronteiras dos Estados Nacionais, presume-se constituir uma alternativa para a abordagem compatível com a sociedade pós-nacional eminentemente plural da realidade. Para tanto, constrói-se um estudo monográfico que se ampara na pesquisa bibliográfica, com ênfase nas obras de Giuliana Redin e de Peter Häberle, usufruindo do auxílio técnico de resenhas e resumos expandidos.

Palavras-chave: Imigração. Constituição. Cultura.

Abstract: The international human mobility, today, is characterized by the intensity and complexity to demand specific treatment. It questions the heritage of the National State, the contradictory relationship established between planning and reality, unveiling the markedly economic dominant interest. Given the composition of the states themselves, increasingly multicultural, with investment and transnational relations, how is it possible to live with the explicit violation of human rights of the people at the borders? Considering that the approach of this impasse needs a new attitude of the legal order on the interpretation of the existing guarantees and the recognition of new ones, this study presents the problem of the international economic immigrant and the idea of constitution as a science of culture or open Constitution. In the face of the opposition of this one to the liberal conception and encouragement to an adequate constructivist understanding to the comprehension of a new form of human coexistence that disregards the boundaries of the nation states, it is presumed to be an alternative to the approach compatible with the post-national society eminently plural of the reality. Thus, a monographic study is constructed, supported by literature, with an emphasis on works of Giuliana Redin and Peter Häberle, benefiting from the technical assistance of reviews and extended abstracts.

Keywords: Immigration. Constitution. Culture.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria; Especialista em Segurança Pública e Direitos Humanos pela Rede Nacional de Altos Estudos em Segurança Pública da Faculdade de Direito de Santa Maria; Especialista em Ciências Criminais pela Universidade da Amazônia; Membro do Grupo de Pesquisa MIGRAIDH/UFSM; Perita Criminal no IGP-RS; Rua Floriano Peixoto, 1750, Centro, 97015-372, Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil; fercristino@gmail.com; https://orcid.org/0000-0002-0981-3126

Introdução

A mobilidade humana internacional, na atualidade, é caracterizada pela intensidade e pela complexidade a demandar tratamento específico. Ela questiona a herança do Estado Nacional, a relação contraditória estabelecida entre o ordenamento e a realidade, desvelando o interesse dominante marcadamente econômico. Haja vista a composição própria dos Estados, cada vez mais multiculturais, com investimentos e relações transnacionais, como se pode conviver com a explícita violação de direitos humanos dos povos nas fronteiras?

Na Hungria, há planos para a construção de uma cerca de quatro de metros de altura para uma extensão de fronteira com a Sérvia de 175 quilômetros, para deter o fluxo de imigrantes ilegais (DA REUTERS, 2015). Na Itália, no povoado de Ventimiglia, mais de 200 imigrantes provenientes do Sudão, Somália, Eritreia, Senegal e Etiópia aguardam a possibilidade de ingressar na França, a qual executa a política de bloqueio de suas fronteiras (ORDAZ, 2015). A Organização Internacional de Migração estima que, desde janeiro de 2015, mais de 2.000 pessoas morreram na travessia do Mediterrâneo, partindo do Norte da África para a Europa, superando as 3.200 mortes mensuradas no ano 2014 (ENTENDA..., 2015).

Considerando que a abordagem desse impasse carece de uma nova postura do ordenamento jurídico diante da interpretação das garantias existentes e o reconhecimento de novas, este estudo apresenta a problemática do imigrante econômico internacional e a ideia de Constituição como ciência da cultura ou Constituição aberta. Em face da oposição desta à concepção liberal e ao estímulo a uma compreensão construtivista adequada à compreensão de uma nova forma de convivência humana que prescinde as fronteiras dos Estados Nacionais, presume-se constituir uma alternativa para a abordagem compatível com a sociedade pós-nacional eminentemente plural da realidade.

Para fins desta análise, constrói-se um estudo monográfico amparado em pesquisa bibliográfica com o auxílio técnico de resenhas e resumos expandidos. As questões que envolvem a compreensão do sujeito imigrante são apresentadas segundo interpretação da obra de Giuliana Redin e a noção da constituição como cultura e como método de interpretação dessa realidade se fundamenta na percepção de Peter Häberle.

1 O imigrante e suas circunstâncias: percepções da obra de Giuliana Redin

Na história da humanidade, pode-se concluir que a imigração tem como escopo o alcance de condições mais favoráveis de vida. Os fatores determinantes do movimento são diversos e complexos. A maior parte das migrações voluntárias visa à prosperidade. Todavia, há os que a fazem de maneira forçada em razão de perseguições políticas e desastres naturais. Em ambos os casos, a obtenção do bem-estar constitui elemento de intersecção. Nas investigações que buscam compreender esse contexto, percebe-se a preocupação em desvendar suas consequências socioeconômicas, porém

pouco se questiona sobre os efeitos da imigração na vida dos imigrantes (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, 2013, p. 23).

Vários documentos internacionais têm associado a noção de desenvolvimento à melhoria do bem-estar de todos os indivíduos. Entre esses, destaca-se a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986; a Declaração do Milênio das Nações Unidas e outras decisões recentes que defendem a inserção do bem-estar e da sustentabilidade como elementos centrais da Agenda Mundial para o Desenvolvimento. Entretanto, é evidente que poucos estudos desenvolvem essa perspectiva quanto à mobilidade humana internacional ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, 2013, p. 24).

Considerando as perdas e os ganhos associados à imigração, os imigrantes que optaram pela direção Norte (Norte-Norte ou Sul-Norte) afirmam que possuem condições melhores que as que teriam se permanecessem em seus países de origem. Já os imigrantes do Sul concluem que possuem condições semelhantes ou piores que as vivenciadas “por pessoas com perfil equivalente que permaneceram em seu país de origem.” Grande parte das dificuldades econômicas enfrentadas por estes decorre de obstáculos para a obtenção de trabalho e, quando empregados, o óbice se desloca para a obtenção da jornada completa. Sobretudo, deve-se atentar que as investigações que revelam tais dados não identificam grupos vulneráveis como as vítimas do tráfico de pessoas e os imigrantes não documentados (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, 2013, p. 25-26). Para estes o destino é ainda mais cruel.

Segundo a Organização Internacional para as Migrações (OIM), a travessia do Mediterrâneo atingiu o marco de 1.504 óbitos nos sete primeiros meses de 2018. No mesmo período em 2017 foram registradas 2.224 mortes. A proporção de mortos e desaparecidos em 2016 foi de um em 88 migrantes, passando para um em 36, em 2017. Desde 2014, mais de 14.500 pessoas morreram na região, tornando-a a rota de migração mais mortal do mundo. No entanto, cabe salientar, como enfatiza a Cruz Vermelha Internacional, que essa “tragédia global não é sobre números e estatísticas, é sobre pessoas [e] por trás de cada número há uma história.”

Desde o início de 2015, na Espanha, foram retiradas oito pessoas do painel e da parte inferior de automóveis. Em maio, foi encontrado um menino de oito anos no interior de uma mala. Originário da Costa do Marfim, pretendia residir com seu pai em Las Palmas, na Grande Canária. O pai havia solicitado o reagrupamento familiar com a criança, mas o pedido fora negado. Então, pagou 5.000 euros para que uma mulher levasse seu filho ao seu encontro, haja vista que não podia comprovar que recebia os 1.331 euros estabelecidos pela lei. O menino fora encaminhado para o Centro de Menores do Mediterrâneo, e o pai, preso provisoriamente por “crime contra os direitos dos cidadãos estrangeiros”, com o agravante de ter colocado em risco a vida de um menor. O defensor explicou que o menino estava doente e que a família ansiava a presença dele, a fim de propiciar-lhe o atendimento adequado (ORDAZ, 2015).

Com efeito, os impactos da mobilidade humana não se restringem a “rendimentos”, afetam também os direitos humanos básicos, a saúde, a educação, os fluxos de ideias e valores, a construção da identidade. Lopes (2013) enfatiza o reconhecimento internacional da relevância do fenômeno migratório nos últimos 20 anos. Da Agenda 21 (1992), Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (1994) à Conferência Internacional sobre Desenvolvimento Sustentável (RIO+20), a orientação conduz a “uma nova perspectiva sobre migrações e o seu contributo potencial para a redução da pobreza e para a promoção do desenvolvimento sustentável.” (LOPES, 2013, p. 10).

Contudo, a assinatura de acordos multilaterais a respeito é limitada. Na maioria dos casos, a abordagem realizada pelos Estados Nacionais é motivada pela dimensão da soberania política, nos efeitos negativos da mobilidade humana internacional. Volta-se para a contenção da migração ilegal/irregular e tráfico, para o reforço aos serviços de imigração e alfândegas (LOPES, 2013, p. 10).

Em decorrência da situação paradoxal exposta, opta-se pela apresentação da análise reveladora a respeito da imigração desenvolvida no estudo de Giuliana Redin. Em sua obra, *Direito de Imigrar: Direitos Humanos e Espaço Público*, a autora apresenta a problemática que constrói o imigrante econômico internacional tanto na seara estatal quanto na internacional (REDIN, 2013, p. 20). Sobretudo, desmistifica o sistema político-jurídico vigente que tutela o estrangeiro, ao demonstrá-lo como construção da modernidade a legitimar a “violência silenciosa”² presente no foco em concepções individualistas, no “sujeito individual”, na percepção formal da cidadania vinculada ao nacionalismo (REDIN, 2013, p. 29).

Sobretudo, Redin (2013, p. 49) responde ao questionamento introdutório deste artigo:

Em uma sociedade massificada pelo sistema global econômico capitalista onde as fronteiras do Estado-nação se diluem do ponto de vista do mercado e onde sujeitos se tornam objeto à medida que se inserem nessas redes transfronteiriças de produção, pergunta-se: onde se sustenta o nacionalismo que segrega “eu” X “outro”, sujeitos de um mesmo processo? Sustenta-se nas instituições sociais burocráticas modernas que concentram o poder material e simbólico: pode-se falar na cultura “aculturada” como instância de conformação do consenso e da hegemonia, ou seja, configuração da cultura política e também da legitimidade.

No primeiro capítulo, intitulado *O violento projeto político-jurídico da modernidade e a imposição do espaço de privação do estrangeiro*, a autora desconstrói o sistema político-jurídico posto, a fim de explicar como se construiu a noção segregacionista da relação entre nacional e não nacional, entre o “eu” e o “outro”, que contribuiu para a condição desprovida de direitos à qual são submetidos os imigrantes econômicos na atualidade. Estimula a compreensão da violência promovida pelo

² A violência silenciosa se manifesta justamente quando a vítima não é mais visível aos olhos da sociedade civil e do Estado. É a violência banalizada pela crença nos dogmas de um Estado Democrático de Direito, que é capaz de garantir uma liberdade formal e artificial diretamente vinculada ao acesso restrito pelos direitos subjetivos aos meios de produção. Essa violência silenciosa apropria o humano, despreza sua condição humana e o confina no espaço privado, impossibilitando-o de voz e ação (REDIN, 2013, p. 43).

Estado, do “direito a ter direitos” e da reprodução de subjetividade no contexto peculiar da migração econômica (REDIN, 2013, p. 18).

Como fruto dessa construção político-normativa, explica que os direitos humanos seguem o modelo do Estado-nação, uma criação do iluminismo, sendo compreendidos segundo a perspectiva de um sujeito de direito individual. Portanto, emanam preconceitos como o condicionamento da vida privada e produtiva aos interesses estatais, a um modelo de “posse de propriedades” e à crença na neutralidade, uniformidade e generalidade de direitos (REDIN, 2013, p. 24-25). Desconsiderando o pluralismo e a diversidade que compõem o político, o sistema é indiferente ao sujeito coletivo, à preocupação em preservar sua identidade, o que se reflete, como pontua Redin (2013, p. 27), na restrição da participação do indivíduo na vida pública. Nas palavras da autora:

Nessa perspectiva, a “apolítica” – fruto da crença da justiça do direito – e o enquadramento legal do sujeito de direitos permitem que a violência do direito, sob a égide dos dogmas autoridade/poder/Estado/vontade geral, seja perpetuada e legitimada. No entanto, há que se entender que a política pressupõe a diversidade e o pluralismo, isto é, a concepção de que o sujeito coletivo seja inteiramente preservado. No entanto, a modernidade enterrou a compreensão do sujeito coletivo e as condições para a preservação da identidade do sujeito, o que se reflete pela capacidade de voz e ação do indivíduo na vida pública. (REDIN, 2013, p. 27).

A previsão do estrangeiro no sistema, seguida da sua submissão aos interesses estatais dentro desse contexto de restrição de direitos, leva à metáfora elucidativa construída pela autora, na qual o imigrante é considerado um “homem nu”, haja vista sua despolitização, sua apoderação pelo Estado (REDIN, 2013, p. 30). Denuncia, portanto, a compreensão tradicional da soberania e da governabilidade a partir dos elementos “população-território-produção econômica”, afirmando que, em razão da violência promovida, jamais corresponderão a uma atividade humana (REDIN, 2013, p. 35-37). Como afirma Redin (2013, p. 40):

Os símbolos cristalizados na tríade Estado-soberania-governo restringem a ação inerente à pluralidade humana, a partir de uma concepção invertida entre público e privado, que prima pela manutenção de interesses e paixões econômicas. Assim, mantém-se forte o “processo de destruição do sentido mediante o qual nos orientamos no mundo real”. O que isso quer dizer? Que poucas são as perspectivas de que o espaço público, esquematizado às avessas e colocado na tríade Estado-soberania-governo, revele-se como realmente é: um espaço privado.

No âmbito cultural, afirma que a complexidade exposta altera a percepção de cultura, que passa a adjetivar situações. Em síntese, essa nova aceção a entende como um recurso utilizado para tratar da diferença. Destaca que a cultura pode unir, enquanto intermediário da comunicação, e separar, enquanto instrumento de distinção. A separação no contexto do imigrante econômico se sustenta na aculturação promovida pelas instituições burocráticas modernas, que buscam legitimar sua hegemonia, construindo uma cultura política peculiar. A desterritorialização característica da mobilidade humana, a princípio, pode significar “desculturalização”, porém, após, conduz à orientação e ao entendimento, haja vista que o indivíduo tende a se adaptar, a mudar.

Percebe, nesse espaço, a “tendência à mescla intercultural” e à “adaptabilidade integracionista” (REDIN, 2013, p. 46-55).

Esses trabalhadores sem cidadania, explorados pelo processo de globalização, essa “multidão”, segundo referência que Giuliana Redin faz a sua leitura de Michael Hardt e Antonio Negri, constituem uma força capaz de produzir e reproduzir o espaço, gerando um novo espaço singular, “uma força política formal”. Todavia, como expõe a autora, o sistema político-jurídico, por meio do controle biopolítico, manipula essa força consubstanciada em movimentos em prol do capitalismo, não permitindo que o sujeito se torne “sujeito do seu destino, mas objeto de uma produção econômica.” O sistema cria para este um “destino de infração e indesejabilidade.” Por isso, a autora reconhece apenas a potencialidade política teórica dessa construção (REDIN, 2013, p. 171-174).

Para Giuliana Redin, a participação do imigrante, sob forma de movimento social em espaço no qual é considerado objeto, requer que sua condição, sua atuação em contexto específico gerado pelo processo de globalização, com demandas de direitos e subjetividade, seja reconhecida. Caso contrário, continuará sendo reduzido à condição de objeto e não de sujeito (REDIN, 2013, p. 177-180).

Nessa conjuntura, para a autora, o imigrante constitui questão extremamente complexa devido a sua condição de “não sujeito” paralelamente relacionada à pressão por integração como possibilidade de ação política; à dificuldade de determinação do seu “terceiro espaço”, principalmente a respeito do território como apropriação espacial e simbólica; e ao seu envolvimento com outros temas, como a violência, o trabalho e a carência de políticas públicas (REDIN, 2013, p. 194). Ressalta que o potencial político do quadro em tela exige a conversão de identidades difusas vítimas de um mesmo modelo, haja vista que o “direito a ter direitos”, na perspectiva da igualdade democrática nacional, exclui o migrante, uma vez sendo este considerado “excedente” (REDIN, 2013, p. 196).

A análise desse contexto de violação de direitos humanos procura sensibilizar para a necessidade de tratar adequadamente as consequências negativas do movimento migratório humano, promovidas pelo impacto da globalização. As justificativas para essa postura direcionada ao imigrante econômico, como se depreende da obra, ultrapassam as suas especificidades. Abrangem as noções de humanidade, cultura e institucionalidade; assim como desvelam antagonismos cuja abordagem necessita da construção de uma nova racionalidade.

Há uma denúncia minuciosamente fundamentada, tanto no aspecto teórico quanto no prático, a respeito da orientação e atuação do sistema político-jurídico vigente no tratamento do movimento migratório humano. Comprova, portanto, a permanência da ideologia da modernidade, o poder da filosofia liberal na conversão ou aprisionamento do espaço público no espaço privado, reduzindo complexidades ao condicionamento da estrutura estatal, de uma governança incompatível às demandas da sociedade atual. Desvela a violência do sistema impregnado por interesses mercadológicos que uniformiza o pluralismo e a diversidade – fundamentos do político,

que generaliza direitos e trata com indiferença identidades coletivas, minando o verdadeiro germe da cidadania que é a participação do indivíduo na vida pública.

Como exemplo da resistência ou preponderância do interesse do Estado sobre as questões humanas, cita-se a condição dos refugiados ambientais. Seguindo a exposição de Érika Ramos, o Direito Internacional não trata adequadamente grupos em situação de risco que não tenham sua condição formalmente prevista nos instrumentos legais, a exemplo dos “refugiados ambientais”. Apenas os refugiados tradicionais possuem uma proteção internacional sistematizada, sendo que também os deslocados internos se valem da mesma proteção, quando se encontram em “situação semelhante a refúgio” (RAMOS, 2011, p. 70).

Um exemplo da perversidade do sistema político-jurídico relativo ao imigrante econômico internacional pode ser vislumbrado na questão africana. A racionalidade dominante, assim como o interesse mercadológico consubstanciado na colonização europeia nesse contexto, alterou a organização social e espacial dos povos africanos, mudando a atividade econômica do centro para o litoral e desenvolvendo as regiões próximas aos depósitos de minerais. Os deslocamentos foram forçados a seguir as disposições do desenvolvimento das culturas de exportação, da exploração de minerais e da construção de estradas e ferrovias para escoamento dos produtos. Culturas distintas e grupos rivais foram condicionados a dividir o mesmo espaço (ALMEIDA, 2014).

Como consequência, na atualidade, percebe-se o desmantelamento do sistema de sobrevivência tradicional desses países, a deterioração dos termos de troca em nível internacional, guerras civis, precárias condições de vida, os quais têm impulsionado o tradicional movimento migratório dessas populações para além de suas fronteiras. Embora estabelecida a relação de causa e consequência da interferência dos países em desenvolvimento na conjuntura apresentada, a comunidade internacional, composta por esses mesmos países, tem se eximido da responsabilidade de acolher as vítimas do sistema que introduzira.

Entretanto, a recusa da responsabilidade sobre as mazelas do destino construído para esses grupos e a violência com a qual estes são conduzidos pelo sistema político-jurídico não impedem a sua interação sociocultural nos diversos espaços a que possuem acesso, mesmo que “clandestinamente”. Essa interação produz impactos, constrói novas circunstâncias a serem tuteladas; situação na qual a abordagem do sistema, tal como posto, é explicitamente perversa e insuficiente.

Nessa esteira, a obra inova ao propor o reconhecimento de um novo direito, o “direito de imigrar”, oriundo do mesmo espaço das mencionadas redes de produção que não são delimitadas por fronteiras. Um direito que se contrapõe às construções da modernidade, enfatizando a distorção das noções de cidadania e integração, exigindo a tutela do direito da participação política do imigrante econômico internacional no espaço público do qual também faz parte. Portanto, constitui estudo extremamente relevante, uma vez que contribui para a denúncia da discricionariedade do Estado a respeito do direito de ser imigrante e alerta para a urgência da redefinição do sistema político-jurídico vigente.

2 Alternativas de interpretação: Häberle e a teoria da constituição como ciência da cultura e a constituição aberta

A conjuntura atual da imigração como apresentada neste estudo parece constituir objeto ou um dos vários fatores determinantes do estímulo a uma nova cultura constitucional. Nesse sentido, situa-se, bem como compõe a crise de referenciais de suporte mencionada por Pinto (2013), a qual questiona o monopólio de coerção do Estado, a representação social da sociedade em indivíduos livres e iguais e os poderes que constroem uma “constituição real que mantém distanciamento da ética e da política.” Conforme o autor, nas últimas três décadas as necessidades do povo e suas pressões têm evidenciado a incapacidade do Estado em suprir demandas. Mister, portanto, que se desenvolva “a função constitucional ignorada pela tradição que impõe a formação de uma cultura constitucional que se imponha na sociedade e com ela torne-se partícipe da construção de uma trilha humanizada.” (PINTO, 2013).

O autor refere que, no presente, “o Estado-nação trilha um percurso perverso de refluxo civilizatório.” Outrora havia um povo “homogêneo”, uno, dominante, em que apenas os cidadãos nacionais tinham participação no poder. Hoje a globalização e sua “transgressão e remoção de fronteiras” ameaça o Estado-nação que preserva muros. Vive-se uma crise de programações e instrumentos teóricos, que culmina no desaparecimento dos preceitos universais, considerado um processo “angustiante”, pois até então os modelos teóricos não eram questionados. “Hoje se impõe pensar o plural dos sistemas inter-relacionados ou sedimentados.” (PINTO, 2013).

Como afirma Pinto (2013):

A crença e a credibilidade constitucional dependem da rapidez com que o texto se amolda às novas e urgentes necessidades sociais e políticas sem perder a pretensão, às vezes puramente contratual ou convencional, do equilíbrio global no tempo. Com mudanças ou não das e nas palavras há uma alteração de sentidos na direção desejada pela onda irreprimível de reivindicações adaptativas, embora se mantenha a coerência e identidade sistêmica do documento como um todo. Esse é o segredo da permanência constante e móvel da Constituição. (PINTO, 2013).

Para o autor, a constituição como cultura “é uma carta principiológica normativa que deve ser concretizada mediante a ação de seus intérpretes”, sendo a efetivação de seus direitos proporcional à intensidade de sua democracia. É dirigente, garantista, pluralista e integradora de diversas e distintas realidades, sendo essas nela incluídas e garantidas perante a “sociedade constitucional nela expressa ou implícita.” (PINTO, 2013).

Häberle (2000) apresenta a constituição como uma construção político-sócio-cultural desenvolvida no cerne da sociedade que, por esse fato, materializa-se ou concretiza-se, distanciando-se das meras determinações que remetem a uma análise externa da constituição e não como seu integrante. Propõe a Teoria da Constituição como Ciência da Cultura como meio de adequação

da norma à realidade, como um modelo que permitirá um direito constitucional integracionista, pluralista.

Segundo o autor, a noção de Constituição ou Constitucionalismo vigente é algo predominantemente formal, distante das perspectivas e do sentimento da sociedade:

[...] atualmente a Teoria do Direito e do Estado apenas usa o conceito de ciências da cultura [...] os próprios autores que se ocupam do Direito constitucional em sua dimensão cultural nem sequer extraem as consequências metodológicas [...] aceitam como possível o conceito de cultura em seu sentido mais amplo, entretanto, na prática o excluem, relegam finalmente a um uso meramente superficial. (HÄBERLE, 2000, p. 68).

Nesse sentido, Pinto (2013) conclui:

A ausência de identificação da Constituição com a sociedade civil ou os indivíduos desagregados ao próprio movimento dos Estados e da economia contemporânea têm produzido um retorno perigoso aos pretéritos debates sobre a contemporânea essência da Constituição. O pluralismo (WOLKMER, 1994) sempre existente na sociedade que não pode ser reduzido apenas quanto à diversidade de partidos deixou de ser uma preocupação dos teóricos da Constituição. A cultura como elemento formador essencial, e em disputa como valor primevo da Constituição, teve resgate em (BONAVIDES, 1996), e (HÄBERLE, 1997), contudo, ao nosso sentir, o momento de sua maior potencialização e sistematiza foi durante o período de Weimar (COMPARATO, 2004) se foi interrompido quando do falecimento de Heller, que demonstrava notável generosidade em sua produção teórica e sua originalidade embrionária sobre a incorporação da Ciência da Cultura como elemento fundante da Teoria da Constituição e procurou refletir incorporando a sociedade à Constituição de modo concreto, e não apenas abstrato representativo. (PINTO, 2013).

Para Nascimento (2000, p. 187), Häberle remete à reflexão do “Estado Constitucional sobre outras bases, em uma perspectiva pluralista.” Busca o fortalecimento do Estado Constitucional a partir da ideia de integração. Para a autora, o conceito aberto inverte a concepção de direito e cultura, contrariando a percepção moderna que defendia ser fruto do direito. O próprio ideal pluralista lhe é inerente, uma vez que é produzida por todos. A teoria da constituição como cultura é formada por “elementos reais e ideais, estatais e sociais, localizados no seio do Estado Constitucional de forma simultânea, com o objetivo de atingir o nível de desenvolvimento mais adequado possível e com vistas a um ótimo dever-ser.” (NASCIMENTO, 2000, p. 192).

Segundo a autora, constituem elementos dessa teoria:

[...] a dignidade humana que deriva da cultura de todo um povo e dos direitos humanos universais; o princípio da soberania popular entendida como fórmula identificadora da colaboração que se renova de forma aberta e responsável; a Constituição como pacto de valores necessários; o princípio da divisão de poderes; o Estado de Direito; o Estado Social de Direito e as demais garantias fundamentais. Todos esses elementos se encaixam na democracia constitucional baseando-se no pluralismo como princípio. (NASCIMENTO, 2000, p. 192).

Häberle (2000) destaca que quem desejar usufruir dessa teoria ou desenvolver um programa em forma de doutrina constitucional de cunho científico cultural deve atentar para dois óbices. O primeiro diz respeito à compreensão da ciência da cultura como “âmbito científico perfeitamente limitável” – essa noção se contradiz à percepção da cultura como uma gama de outras ciências particulares que se ocupam também da sua compreensão e abordagem (HÄBERLE, 2000, p. 112). A cultura é, nesse sentido, um fator aglutinante de distintas disciplinas:

A teoria da constituição como ciência da cultura integra tanto o passado como o presente e o futuro sempre e quando na medida em que as ditas modalidades tenham a ver com os textos constitucionais, para se lograr uma nova configuração (não somente em teoria como também na prática) da relação existente entre o direito constitucional e a realidade. (HÄBERLE, 2000, p. 72).

O segundo óbice está relacionado à compreensão da ciência da cultura como uma criação a alterar a denominação da ciência jurídica para uma ciência social. “[...] ciências da cultura como um conjunto de aspectos e dimensões direcionadas a investigar conjuntamente sua efetividade na constituição, a incluir suas limitadas possibilidades de direcionamento da própria constituição no seio dela mesma.” (HÄBERLE, 2000, p. 73).

Para o autor, a necessidade de considerar a Teoria da Constituição como Ciência da Cultura, nessas construções, decorre do fato de que as meras hipóteses científico-sociais são insuficientes para captar todas as nuances do processo de desenvolvimento e evolução constitucional no âmbito cultural. Também menciona seu potencial para evitar a redução da pretensão científica a mero decisionismo. O modelo teórico induz ao debate metodológico profundo, que considera todas as variantes possíveis de Estado constitucional (HÄBERLE, 2000).

Além do exposto, refere que a ênfase no diálogo interdisciplinar evita o risco do “provincialismo científico”. O modelo teórico se concebe como uma parte de todo o processo que envolve esse trabalho. Sobretudo, promove segurança à Constituição e ao próprio Estado, pois reforça a análise de condições e requisitos não escritos. Prevê a justiça da própria constituição, a partir da conscientização do povo acerca da essência do que ele resulta (HÄBERLE, 2000).

A teoria parte de uma percepção ampla de cultura que ultrapassa a descrição analítica de sua abrangência, que é frequentemente utilizada nos textos normativos. Esse aspecto serve como elemento de distinção da noção de cultura na e da constituição como cultura. Pinto (2013) salienta que a volatilidade e o dinamismo da compreensão do termo na contemporaneidade conferem certa utopia à construção, todavia não pode ser ignorada em “face a sua interdisciplinaridade dentro e fora da ciência social do direito.”

A expressão cultura é compreendida em perspectiva mais ampla pela teoria, somando dados sociológicos, antropológicos, educação, ciência e arte, abrangendo todos os tipos de conhecimento que “homens e mulheres adquirem no seio de uma determinada sociedade.” As “cristalizações culturais” constroem a sociedade aberta de intérpretes e políticos constitucionais a qual fundamenta

o Estado Constitucional Ocidental. Seus estudos intensificam esforços interdisciplinares que visam a uma releitura “das relações existentes entre dignidade humana e povo, razão e liberdade, Direito e realidade, assim como entre ideologia e interesses econômicos.” (SILVA, 2005).

Conforme a compreensão de Silva (2005) a respeito da teoria de Häberle:

[...] uma teoria da Constituição de cunho científico-cultural pode cooperar para a redução do direcionamento dos objetivos do Estado Constitucional exclusivamente para o bem-estar materialista, a partir do paradigma do Estado Social de Direito, uma vez que oferece crítica a toda interpretação desse tipo de Estado que seja fundada “uni pontualmente” no crescimento quantitativo e “sobre dimensionado”. Dessa forma, a teoria da Constituição como ciência da cultura apresenta-se como uma alternativa a favor da sedimentação das bases teóricas do Estado Constitucional, a qual poderá sobreviver razoavelmente forte mesmo em tempos de profunda crise. Com tal aporte teórico, a discussão sobre a crise do constitucionalismo no mundo contemporâneo torna-se mais amena, pois a Teoria Geral do Estado, para a qual são tão caros os conceitos de soberania, território e povo, pode ganhar sobrevida por meio do aporte cultural, migrando a teoria formulada a partir dos clássicos elementos já mencionados para outros mais consistentes e resistentes ao novo contexto mundial: hegemonia cultural, patrimônio cultural e identidade cultural.

Melo e Perdigão (2010) apresentam a constituição aberta como um modelo correspondente aos anseios da sociedade moderna. Esta, uma vez alicerçada no pluralismo, corresponde a uma variedade de interesses na comunidade política; não se restringe “a uma vontade homogênea e unitária do povo, nem consentâneo com a pretensão de verdade absoluta”. Nesse sentido, a organização social comporta diversos grupos que reivindicam a concretização de suas concepções e modos de vida, cuja convivência só é possível se orientada pelo princípio da tolerância. Constituiria, portanto “uma sociedade não somente da maioria, mas também da minoria que é preservada pelo Estado.” A abertura decorre da variabilidade de experiências que são transformadas com o tempo, do dinamismo projetado no dissenso que permite seu desenvolvimento contínuo.

Para Melo e Perdigão (2010):

Häberle deseja operar uma síntese entre a Constituição e a realidade constitucional, destacando o papel fundamental exercido pelos agentes que conformam esta realidade. Destarte, busca analisar as implicações decorrentes de uma revisão da metodologia jurídica tradicional – vinculada ao conceito de sociedade fechada – e trabalhar uma metodologia centrada no modelo aberto e pluralista de sociedade, tendo como eixo principal o problema dos participantes do processo de interpretação constitucional. Destaca, assim, que a interpretação tem sido tradicionalmente considerada tão somente como uma atividade dirigida, de modo consciente e intencional, à compreensão e explicitação do sentido de um texto. (MELO; PERDIGÃO, 2010).

Do mesmo modo, para Jucá (2004), Häberle insere na ciência hermenêutica a interpretação da constituição como elemento de uma sociedade aberta, sendo esta caracterizada por possuir regras de convivência e coexistência a considerar as particularidades das minorias. Afirma que Häberle considera o povo intérprete da constituição, compreendendo aquele como todos os integrantes do

Estado Democrático de Direito, sem distinção, incluindo, portanto, os estrangeiros. A interpretação constitucional, para o autor, diz respeito a todos, devendo “ser feita de modo a identificar os cidadãos formadores do espaço público, a realidade em que eles vivem e a suas necessidades e possibilidades.” (JUCÁ, 2004).

A percepção de Häberle se coaduna às pretensões da problemática do imigrante, pois concebe a participação popular de todos os integrantes do Estado como um direito derivado do direito fundamental da cidadania, ao qual não se pode ser indiferente na esfera pública. Também se posiciona contra a cisão entre as dimensões política e normativa da Constituição; haja vista que estrutura e define as características da sociedade e “não pode menosprezar as consequências de suas decisões” sobre ela. A prática social é para o autor fator determinante da boa interpretação constitucional, por isso o povo também deve ser seu intérprete. Solidifica, dessa forma, a “soberania do cidadão e a teoria concretista denominada Constituição Aberta.” (JUCÁ, 2004).

Nas palavras de Häberle (1997):

[...] no processo de interpretação constitucional estão vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos [...] Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos [...] Interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. [...] Os critérios de interpretação hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. (HÄBERLE, 1997, p. 24).

Jucá (2004) enfatiza que o próprio autor constrói sua defesa diante de críticas como as que apontam para a necessidade de uma sociedade sólida quanto a suas bases democráticas; a perda da qualidade da interpretação em razão do número de participantes; o comprometimento da independência do magistrado. Para ele, a conjugação de interpretações eliminaria o risco da baixa qualidade da interpretação; o juiz apenas acrescentaria a consideração da realidade em sua função; enfatiza que o consenso decorre de conflitos e compromissos sustentados por opiniões distintas.

Jucá (2004) também exemplifica a influência dessa teoria sobre outras teorias:

Com esse mesmo espírito, afirma o professor Eros Roberto Graus ser o direito instrumento de mudança social e sua interpretação um “processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos”. Percorrendo o mesmo caminho, Cristina Queiroz nega que a Constituição seja o que o Tribunal Constitucional diga que ela é. Para a citada autora, faz-se necessária uma revisão da concepção jurídico-política da interpretação constitucional, o que “só é possível no âmbito de uma interpretação construtiva que tenha em conta a globalidade do Sistema jurídico, os interesses e valores fundamentais de todos aqueles que por esta possam resultar afetados. (JUCÁ, 2004).

Amaral (2003), a respeito da construção de Häberle, destaca sua percepção da constituição como um “processo desenvolvido no tempo à luz da publicidade.” Esta se realiza, portanto, no meio sócio-político-cultural em que se insere, do qual participariam todos os seus formadores. Nesse sentido, “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com esse contexto é indireta,

ou até mesmo, diretamente intérprete da mesma.” A interpretação feita pelos intérpretes da sociedade aberta da Constituição a transforma em “texto vivo, em ação.” Estruturando a esfera pública, a organização da sociedade e os setores da vida privada devem integrar as forças sociais como sujeitos.

Os componentes da sociedade aberta, portanto, conformam a realidade e a publicidade constitucional. Impedir a participação de qualquer um de seus integrantes no processo hermenêutico corresponde à privação de parte da realidade constitucional, o que prejudica sua interpretação. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição promove a democratização do processo, constituindo um direito de cidadania. A democracia é concebida pelo autor como a concretização dos direitos fundamentais, com a participação ampla de todos os cidadãos (MELO; PERDIGÃO, 2010). Conforme grifam os autores: “A democracia é o domínio do cidadão, não do povo [...] A democracia do cidadão está mais próxima da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca.” (MELO; PERDIGÃO, 2010).

Para a conformação prática de sua teoria, Häberle propõe o reconhecimento do método comparativo como elemento de interpretação das normas jurídicas, além dos clássicos propostos por Savigny. A comparação jurídica, nesse sentido, deve ser praticada como comparação entre culturas. Com a identificação de modelos comuns entre distintos Estados Nacionais, observam-se princípios constitucionais particulares comuns a esses distintos Estados que, em última instância, desembocam em determinadas concepções de justiça. Tal método constitui resultado lógico do paradigma de uma Teoria do Estado Constitucional Cooperativo, uma vez que permite a comunicação entre diversas constituições nacionais e, com isso, a possibilidade da construção de um tipo único de Estado Constitucional (SILVA, 2005).

O autor concebe o reconhecimento das “Cartas de Direitos Humanos das comunidades pelos ordenamentos internos” como exemplo de integração entre os Estados e os direitos humanos. Os intérpretes dos direitos fundamentais devem considerar tanto os textos universais quanto os regionais relativos ao tema, sendo essa abertura de conteúdo uma consequência própria da evolução da teoria cooperativa (SILVA, 2005).

Quanto ao uso do método proposto, Silva (2005) destaca:

O método comparativo, proposto como caminho metodológico adequado para a concretização das constituições neste século XXI, não implica que se abra mão das particularidades regionais em prol de uma ordem universal, mas exige que se busque sempre, de maneira aberta e sensível, observar o tópico e o individual em contraponto com o paradigma do “outro”, confirmando-se a ideia de que se aproxima o tempo de uma maior relação entre as culturas, no contexto do que se tem chamado de Estado Constitucional Cooperativo. (SILVA, 2005).

Silva (2005) acentua que o pluralismo e a “abertura para inputs” constituem as únicas garantias de uma “formação unitária” fundada em direitos de liberdades. Não há pluralismo onde a sociedade não dispõe de “integração social e estatal autônoma e uma representação igualmente livre.”

Essa noção se traduz na necessidade de abertura do procedimento de interpretação constitucional que conduz “à ideia de sociedade aberta de intérpretes como premissa básica da interpretação pluralista.” Nesse sentido, a teoria democrática garante a teoria da interpretação, e esta viabiliza a noção de Estado Constitucional Cooperativo.

Após a exposição da percepção de Häberle representada neste estudo pela Teoria da Constituição como Ciência da Cultura, Constituição Aberta, sociedade aberta dos intérpretes constitucionais e notas a respeito do Estado Constitucional Cooperativo, prossegue-se à análise conclusiva que visa justificar a associação dessa visão a uma alternativa para a abordagem da problemática que compõe a sociedade pós-nacional, o reconhecimento dos direitos do imigrante.

Conclusão

A situação emblemática da imigração questiona os modelos teóricos sociais, políticos e jurídicos existentes. Nela se encontra a diversidade cultural que compõe o pluralismo desejado e defendido nas teses que vislumbram o limiar de uma nova sociedade. Nela há o anseio pelo reconhecimento da diferença que permita o espaço para a sua “voz”, para a participação política ativa considerada a base estrutural do sistema político-jurídico que se intitula democrático. Sobretudo, exemplifica a necessidade da concretização dos “direitos primários”, sem os quais sequer se pode constituir o caráter humano.

A partir da análise da visão de Giuliana Redin, percebe-se que o imigrante transcrito nas Cartas Constitucionais representa uma construção de um período historicamente remoto, cuja herança permanece “viva” nas contradições da atualidade. A perspectiva liberal ainda dominante o submete à estrutura estanque da população nacional relacionada ao território e à doutrina de segurança nacional criada para conter a ameaça imperialista e cultural do “outro”. Ele é “cooptado” conforme os interesses estatais, os quais são eminentemente econômicos. Embora existam percepções mais amplas de convivência com a diversidade promovida de forma mais intensa pela globalização, estas, em sua maioria, ainda não se encontram formalizadas ou legalizadas.

A compreensão do “estrangeiro” como parte, como incluso, como humano preservando sua identidade requer uma nova postura que contraria os moldes vigentes, anteriormente mencionados. Nesse sentido, o posicionamento sugerido por Häberle constitui alternativa para a abordagem, haja vista que se opõe à concepção liberal e estimula uma análise adequada à compreensão de uma nova forma de convivência humana que prescinde as fronteiras dos Estados Nacionais.

A Teoria da Constituição como Ciência da Cultura contribui para a redução do direcionamento ao “bem-estar materialista” perseguido pelo Estado, pois condena as construções amparadas em uma única perspectiva, em considerações “uni pontuais”. O Estado ideal para o autor ou o Estado Cooperativo decorre da ampla participação popular, com destaque para a extensão a todos os componentes da população, o que inclui os imigrantes. Portanto, estes fazem parte da sociedade aberta de intérpretes.

A percepção de Häberle coaduna-se às pretensões da problemática do imigrante também quando concebe a participação popular de todos os integrantes do Estado, de todos os formadores do espaço público como um direito derivado do direito fundamental da cidadania, ao qual não se pode ser indiferente na esfera pública. Também se posiciona contra a cisão entre as dimensões política e normativa da Constituição, visto que estrutura e define as características da sociedade.

Considera o pluralismo e a abertura para a observação de distintas opiniões como únicos elementos garantidores do Estado Cooperativo. Nessa senda, os componentes da sociedade aberta representam “a realidade e a publicidade constitucional”, de modo que a privação de qualquer um de seus integrantes prejudica a interpretação constitucional, uma vez que esta não estará considerando de fato a realidade. A interpretação feita pelos intérpretes da sociedade aberta da Constituição a transforma em “texto vivo”.

Sobretudo, afirma que a democracia não se limita à soberania popular relacionada à representação, mas à concretização dos direitos fundamentais. E são justamente esses direitos que estão sendo privados ao imigrante. Em virtude do exposto, contribui para a formação de uma nova cultura constitucional que reconheça os direitos do imigrante.

Referências

- ALMEIDA, Joelma. *A cultura migratória da África Ocidental*. Disponível em: <<http://www.portal-doconhecimento.gov.br/bitstream/10961/434/1/A%20Cultura%20Migrat%C3%B3ria%20da%20%C3%81frica%20Ocidental.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2014.
- AMARAL, Rafael Caiado. Breve ensaio acerca da hermenêutica constitucional de Peter Häberle. *Direito Público*, v. 1, n. 2, 2003. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewArticle/499>>. Acesso em: 12 jun. 2015.
- DA REUTERS. Hungria revela plano de cerca na fronteira com a Sérvia para impedir imigração. *G1*, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/06/hungria-revela-plano-de-cerca-na-fronteira-servia-para-impedir-imigracao.html>>. Acesso em: 17 jun. 2015.
- ENTENDA a arriscada travessia de imigrantes no Mediterrâneo. *G1*, 20 abr. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/04/entenda-arriscada-travessia-de-imigrantes-no-mediterraneo.html>>. Acesso em: 17 jun. 2015.
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.
- HABERLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciência de la cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.
- JUCÁ, Roberta Laena Costa. Participação popular e interpretação constitucional: a concretização da teoria de Peter Häberle na Constituição Federal de 1988. *Pensar*, Fortaleza, v. 9, n. 9, fev. 2004. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/753>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

LOPES, Carlos M. *O impacto da migração para o desenvolvimento: desafios e oportunidades para a Angola*. Luanda: OIM, 2013. Disponível em: <http://publications.iom.int/bookstore/free/ThinkPiece_Migration_Development_Angola.pdf>. Acesso em: 30 maio 2015.

MARQUES, Francisco. Migração ilegal: OIM prevê 30 mil mortes no Mediterrâneo só este ano. *Euronews*, Abr. 2015. Disponível em: <<http://pt.euronews.com/2015/04/21/migracao-ilegal-oim-estima-30-mil-mortes-no-mediterraneo-so-este-ano/>>. Acesso em: 30 maio 2015.

MELO, Rita de Cássia; PERDIGÃO, Ivânia Almeida de Menezes. Um modelo de hermenêutica constitucional para uma sociedade pluralista: maior efetividade ao princípio democrático brasileiro. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010. *Anais...* jun. 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3995.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita*. São Paulo: LTR, 2010.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2013: el bienestar de los migrantes y el desarrollo*. Genebra, 2013. Disponível em: <http://publications.iom.int/bookstore/free/WMR2013_SP.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.

ORDAZ, Pablo. Imigrantes na fronteira entre Itália e França: não voltaremos atrás. *El País*, 17 jun. 2015. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/16/internacional/1434479843_051240.html>. Acesso em: 17 jun. 2015.

PAI do “menino da mala” não pôde leva-lo à Espanha por 41 euros. *El País*, maio 2015. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/18/internacional/1431939991_188418.html>. Acesso em: 30 jun. 2015.

PINTO, Emerson de Lima. Sociedade pós-nacional: o papel da constituição e uma nova cultura constitucional hermenêutica. *Revista Cippus*, Unilasalle, v. 2, n. 2, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unilasalle.edu.br/index.php/Cippus/article/view/1105>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

RAMOS, Érika Pires. *Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo Direito Internacional*. Tese (Doutorado em Direito)–Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados_Ambientais.pdf?view=1>. Acesso em: 29 out. 2014.

REDIN, Giuliana. *Direito de imigrar: direitos humanos e espaço público*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado constitucional cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle. *Revista Jurídica*, Brasília, DF, v. 7, n. 72, maio 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Christine_rev72.htm>. Acesso em: 30 maio 2015.

Data da submissão: 10 de agosto de 2015

Avaliado em: 26 de novembro de 2015 (AVALIADOR A)

Avaliado em: 30 de novembro de 2015 (AVALIADOR B)

Aceito em: 10 de novembro de 2016