

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS III**

JAMILE BERGAMASCHINE MATA DIZ

ANDRESSA DE OLIVEIRA LANCHOTTI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito internacional dos direitos humanos III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadoras: Andressa De Oliveira Lanchotti, Jamile Bergamaschine Mata Diz – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-327-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Internacional. 3. Direitos Humanos. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS III

Apresentação

A obra que ora se apresenta ao leitor é fruto direto das atividades do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito (CONPEDI) no marco do XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI realizado sob os auspícios da UNICURITIBA – PR, ocorrido em Curitiba, no período de 07 a 09 de dezembro de 2016. Os trabalhos que foram apresentados no Painel Direito Internacional Dos Direitos Humanos III tiveram como ponto central a discussão sobre o papel da internacionalização dos Direitos Humanos que surge justamente a partir de uma proteção de natureza global. O GT ocorreu no dia 08 de dezembro de 2016, sob a coordenação conjunta dos Professores Dra. Andressa de Oliveira Lanchotti (FDMC) e Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz (UFMG-UIT).

Impende ressaltar que os trabalhos submetidos e apresentados no GT possuem uma importância fundamental para a consolidação do espaço de debate e amadurecimento sobre a temática dos Direitos Humanos alinhado a uma perspectiva internacional, a partir de assuntos complexos e de essencial relevância, como é o caso do tráfico internacional de pessoas, da atuação dos tribunais internacionais face às constantes violações perpetradas pelo próprio Estado e pelos particulares e, ainda, questões de sensível tratamento, caso dos sistemas normativos de proteção aos grupos considerados vulneráveis a partir de um espectro internacional que tem, posteriormente, impacto sobre os ordenamentos jurídicos nacionais.

A interface entre Direito Internacional e Direitos Humanos revela-se na totalidade dos trabalhos apresentados, justificando como a interconexão entre ambas as áreas jurídicas merece ser tratada de forma interdisciplinar e coerente, buscando ainda ressaltar o aspecto dinâmico que cerca os temas objeto do painel.

Portanto, esta coletânea é produto direto da reunião dos artigos selecionados por um grupo de trabalho, cujo escopo é reunir pesquisas acadêmicas de jovens e também experientes investigadores, a fim de constituir-se num foro institucionalizado que oportuniza a discussão e a socialização daquilo que vem sendo produzido na área. Foram apresentados 22 trabalhos agrupados por assuntos, a fim de facilitar a compreensão da problemática de cada trabalho durante a apresentação em bloco. Tal apresentação, feita de modo presencial por cada um dos autores, resultou em profícuo debate e discussão, enfatizando a necessidade de que se possa cada vez mais estabelecer as premissas necessárias para o adequado cumprimento da normativa internacional em direitos humanos, num momento em que no cenário nacional se

observa um aprofundamento de discursos descolados, em maior ou menor medida, de medidas protetivas que amparem os direitos elencados em nossa Constituição.

Espera-se que a obra represente uma importante contribuição para o aprofundamento do debate e, talvez, possa também servir de incentivo para a ampliação de pesquisas na área.

Profa. Dra. Andressa de Oliveira Lanchotti - FDMC

Profa. Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz - UFMG e UIT

TEORIA CULTURAL DA CONSTITUIÇÃO: UMA ANÁLISE DA APATRIDIA E DO REFÚGIO

CULTURAL THEORY OF THE CONSTITUTION: AN ANALYSIS OF STATELESSNESS AND REFUGE

Monique Libardi ¹

Resumo

A Teoria Cultural da Constituição apresentada pelo jurista alemão Peter Häberle desenvolve um diálogo entre as culturas. Nesse artigo, apresentamos a proposta de sua aplicação à temática dos direitos fundamentais de apátridas e refugiados como uma tentativa de se produzir conhecimento e mais discussões sobre o tema no que tange a efetivação do acesso à justiça para pessoas de diversas origens que se veem desamparadas de proteção e de cidadania quando se encontram nessa situação, bem como destituídos de identidade constitucional.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Teoria cultural da constituição, Apatridia, Refúgio

Abstract/Resumen/Résumé

The Constitution of Cultural Theory presented by the German jurist Peter Häberle develops a dialogue between cultures. In this paper we present a proposal for its application to the theme of the fundamental rights of stateless and refugee persons as an attempt to produce knowledge and further discussions on the subject with respect to effective access to justice for people of diverse backgrounds who find themselves helpless protection and citizenship when they are in this situation, and without constitutional identity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Cultural theory of the constitution, Statelessness, Refuge

¹ Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória-ES

INTRODUÇÃO

Com a publicação do decreto presidencial nº 8.501, de 19 de agosto de 2015, no Diário Oficial da União, o Brasil concluiu a ratificação da Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) para a Redução dos Casos de Apatridia de 1961. O processo de ratificação havia se iniciado em 2007, quando o país endossou o texto da convenção. Com o decreto assinado, o processo foi concluído e a Convenção foi oficialmente publicada.

Apátridas são todas as pessoas que não possuem vínculo de nacionalidade com qualquer Estado, seja porque a legislação interna não os reconhece como nacionais ou porque não há um consenso sobre qual Estado deve reconhecer a cidadania dessas pessoas. O Alto Comissariado da Organização das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) estima que existam cerca de 10 (dez) milhões de apátridas em todo o mundo.

Sem uma nacionalidade, essas pessoas não podem fazer valer os direitos inerentes à condição de nacional de nenhum país. São pessoas sem Estado, muitas vezes sem acesso à documentação básica de cidadania, como certidão de nascimento ou documento de identidade.

Antes mesmo de ratificar a convenção, o Brasil já vinha tomando ações efetivas para prevenir e erradicar a apatridia. Além de conceder a nacionalidade brasileira a todas as pessoas nascidas em seu território, inclusive filhos de estrangeiros, o país também reconhece como brasileiros os filhos de seus nacionais nascidos no exterior, nos termos do artigo 12 da Constituição Federal.

Este reconhecimento se consolidou por meio de uma reforma constitucional ocorrida em 2007 com a Emenda Constitucional nº 45, que solucionou o problema dos chamados "brasileirinhos apátridas" – filhos de brasileiros nascidos no exterior e que não conseguiam adquirir uma nacionalidade. Em 2014, o Ministério da Justiça concluiu um anteprojeto de lei

que estabelece procedimentos para identificar e reconhecer apátridas, facilitando a naturalização destas pessoas.

Para o ACNUR, a meta de erradicação da apatridia é cada vez mais factível graças aos recentes avanços no número de países signatários das convenções da ONU relativas ao tema. No entanto, estes ainda são muito poucos.

O enfrentamento da apatridia também é um dos eixos do Plano de Ação do Brasil, aprovado em dezembro de 2014 em Brasília, durante reunião ministerial que celebrou o 30º (trigésimo) aniversário da Declaração de Cartagena, a qual estabeleceu compromissos em matéria de refugiados e apátridas de origem na América Central, consolidando as diretrizes da Convenção de 1951, combinada com o Protocolo de 1967.

Assim, a referida Carta Colombiana de 1984 estabelece que os 28 (vinte e oito) países e três territórios da América Latina e do Caribe que aderiram ao Plano de Ação do Brasil, se comprometeram a erradicar a apatridia na região até 2024 – em linha com a estratégia global do ACNUR.

Diante desse cenário de pluralidade cultural e diversidade, a teoria cultural constitucional apresentada pelo constitucionalista alemão e defensor do Estado pluralista e cooperativista, se insere de forma a apresentar garantias de se consolidar os direitos dos apátridas e refugiados por meio de políticas públicas que visem trazer cidadania e direitos fundamentais para aqueles que por critérios dogmáticos deixam de existir no cenário jurídico-político e social.

Em um primeiro momento, analisaremos o contexto histórico-político-jurídico que se estabeleceu após a Segunda Grande Guerra Mundial para definir as legislações internacionais e protocolos que tratam da apatridia e de refugiados, mencionando o papel fundamental da ACNUR, inclusive no Brasil. Em seguida, a análise da teoria cultural da Constituição, de Peter

Häberle, como sendo uma metodologia ímpar e necessária para se entender a sociedade de risco (BECK, 2010) e global que estamos inseridos hoje.

1 REFUGIADOS E APÁTRIDAS NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL E BRASILEIRO

O direito internacional prevê um conjunto de convenções, leis e normas de proteção às pessoas refugiadas, apátridas e vítimas de perseguição em seus países de origem. Segundo o artigo XIV da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e gozar asilo em outros países”.

A Convenção das Nações Unidas em Genebra de 1951, mas com vigência a partir de 1954, trata do estatuto dos refugiados e tem como signatário o Brasil e outras centenas de países. Foi concebida como instrumento para tratar da crise humanitária que se seguiu ao término da Segunda Guerra Mundial, tendo como base o acolhimento, a garantia de liberdade religiosa, direito de associação, acesso às cortes e tribunais de justiça, documentos de identidade, possibilidade de naturalização, proibição do *refoulement* (expulsão e retorno forçado ao país de origem, no caso dos refugiados), entre outras.

O Protocolo das Nações Unidas de 1967 amplia o escopo da Convenção ao remover a restrição ao artigo I desta última, que limitava o *status* de refugiado ou apátridas somente a pessoas afetadas pelos eventos ocorridos até 1951. Os princípios que constituem os fundamentos tanto da Convenção de 1951 quanto do Protocolo de 1967 são as referências do direito internacional sobre o tema.

A legislação internacional específica referente à apatridia encontra amparo no artigo XV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que afirma que “todo homem tem direito a uma nacionalidade” e que “ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade”.

Também encontra respaldo na Convenção das Nações Unidas para Redução da Apatridia, adotada em 1961, como complemento à Convenção de 1954 das Nações Unidas

sobre o *status* de pessoas apátridas. Esta última define o “apátrida” como uma pessoa que não é considerada um nacional por qualquer Estado de acordo com suas leis, ou seja, que está privada da nacionalidade ou cuja nacionalidade não é reconhecida por nenhum país em particular. De maneira geral, os direitos e deveres previstos na Convenção de 1954 sobre os apátridas assemelham-se em natureza aos prescritos pelas convenções que tratam dos refugiados e pessoas vítimas de perseguição, muito embora a principal preocupação em relação à apatridia orbite em torno do reconhecimento da nacionalidade dos indivíduos¹.

A Convenção de 1961, com vistas a reduzir a apatridia, estabelece a garantia da nacionalidade ao nascimento ou mediante requerimento e versa sobre os demais direitos à nacionalidade e à naturalização. As condições de perda da nacionalidade e da naturalização subordinam-se ao preceito da soberania de cada país, com a ressalva de que a privação das mesmas não resulte em que as pessoas atingidas se tornem apátridas.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) foi criado em 1950 com o objetivo de ajudar os refugiados europeus decorrentes das crises humanitárias causadas pela Segunda Guerra Mundial, o que lhe rendeu o Prêmio Nobel da Paz, concedido em 1954. Não obstante os objetivos iniciais, sua atuação tem se pautado pela proteção e ajuda a milhões de refugiados em todo o mundo. De acordo com estatísticas divulgadas pelo próprio ACNUR, as guerras e perseguições provocaram o êxodo de mais de 65,3 milhões de pessoas em 2015, o que resulta que de cada 103 (cento e três) pessoas no mundo, uma é atingida por este tipo de conflito. Outro estudo de grande impacto revela em 2015 o número de 3,9 milhões de apátridas, entre os quais apenas duas pessoas registradas no Brasil², onde o ACNUR desenvolve um trabalho em conjunto com o Ministério da Justiça por intermédio do CONARE (Comitê Nacional para os Refugiados) e tem parceria com outras instituições da sociedade civil.

¹ Uma interessante problematização sobre a apatridia e a Convenção de 1954 pode ser encontrada no resumo da reunião de especialistas organizada pelo ACNUR em 2010, disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/O_Conceito_de_Pessoa_Apatrida_segundo_o_Direito_Internacional.pdf?view=1

² Disponível em: <http://www.unhcr.org/statistics/mid2015stats.zip>

Além da Constituição Federal, que prevê a concessão de asilo político (inciso X, Art. 4º) e dispõe sobre os critérios de nacionalidade (Art. 12), o Brasil é signatário das convenções e pactos internacionais sobre os direitos humanos, como o Pacto de San José da Costa Rica (1969), que estabelece o direito à nacionalidade em seu Art. 20 nos seguintes termos:

“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”.

Além dos mecanismos internacionais citados, no âmbito da jurisdição interna brasileira há a Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, também conhecida como Estatuto dos Refugiados, define os mecanismos para a implementação da Convenção da ONU de 1951 e dá outras providências. Os procedimentos aplicáveis ao pedido de refúgio estão regulamentados pela Resolução Normativa nº 18, de 30 de abril de 2014. Em seu Art. 1º, a lei reconhece como refugiado todo aquele que:

“I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país”.

A Convenção da ONU de 1961 para a redução dos casos de apatridia foi promulgada pelo Decreto 8.501, de 18 de agosto de 2015, bastante recente, o que demonstra que o Brasil ainda é bastante imaturo no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais de apátridas e refugiados.

Nesse sentido, partindo de um ordenamento que prevê a salvaguarda de direitos fundamentais e a não-discriminação àqueles que sofrem violência em suas pátrias, sejam qualificados como apátridas ou refugiados, a teoria cultural de Peter Haberle aplicada à ótima de responsabilidades compartilhadas e Estados cooperativos deve buscar soluções que garantam a efetividade de direitos e condições de vida digna a essa população em perigo.

2 A TEORIA CULTURAL CONSTITUCIONAL DE PETER HÄBERLE

O pensamento de Peter Häberle acerca da teoria constitucional do Estado se volta para as exigências de um mundo cada vez mais multicultural, interconectado e caracterizado por aquilo que Karl Popper (1998) denominava “sociedades abertas”, isto é, sociedades não calcadas por algum tipo de determinismo ou historicismo, gerando como resultante uma liderança política que pode ser alterada de acordo com a vontade da população mediante a utilização de mecanismos democráticos previstos em seu arcabouço legal e constitucional. Disto decorre que a sociedade aberta deve necessariamente encerrar algum tipo de pluralismo de opiniões e pontos de vista em função da diversidade cultural dos indivíduos e grupos que a compõem.

Para Häberle, assim como a Herman Heller, a constituição é o produto da relação de duas forças, a norma (ou a regra) e a normalidade (a realidade concreta). Esta diz respeito ao que é, aquela ao deve ser, o que equivale dizer que, enquanto a norma representa os aspectos estáticos da constituição, a normalidade constitui sua parte dinâmica. Incluem-se como fundamentos da normalidade, os fatores históricos, sociológicos e culturais que deverão servir de parâmetro para as normas.

Esta dialética pressupõe um novo modo de enxergar a relação entre o Estado e os cidadãos, ou seja, a existência de um *status activus processualis*, em contraposição à segregação estanque que Jellinek fazia entre os *status* negativo (liberdade do indivíduo em fazer o que o Estado não proíbe), positivo (possibilidade do cidadão exigir do Estado aquilo que este, por força da norma, está obrigado a fazer), ativo (participação do cidadão nas ações do Estado) e passivo (respeito e obediência às decisões do Estado)³.

As constituições democráticas, que são o objeto das teorias da constituição, são compostas de elementos ideais e reais, universais e particulares, tais como: a dignidade humana (respeito às manifestações culturais dos povos e aos direitos universais da humanidade como um todo), o princípio da soberania popular (tensão entre a decisão mediante a vontade da maioria e a garantia dos direitos das minorias), o princípio da separação entre os poderes (tanto

³ Vide introdução de Diego Valadés ao livro “El Estado Constitucional” de Peter Häberle.

na estrutura formal do Estado quanto, de maneira mais ampla, nas múltiplas formas de pluralismo do tecido social), entre outros.

Estes elementos são parte de um “patrimônio cultural das constituições” que foi forjado ao longo dos últimos séculos; porém, as tensões internas de cada elemento e a própria dinâmica cultural e social abrem margem para que novos elementos possam ser acrescentados à teoria constitucional.

“Toda constituição de um Estado Constitucional vive em última instância da dimensão do cultural”, postula Häberle (2003). Isto significa que para o cidadão a constituição é a expressão de um estado de desenvolvimento cultural universal e local, bem como um instrumento de representação das especificidades culturais do povo, quer se trate de uma constituição escrita ou baseada mais fortemente nos costumes ou na jurisprudência.

Destarte, a teoria dos elementos do Estado merece uma reformulação: aos três elementos originais, o povo, o poder e o território, deve ser acrescentado mais um: o elemento cultural, integrado à constituição, e situado como fator transversal. O povo, em seu *status culturalis*, como o resultante das identidades culturais; o território, não limitado somente às fronteiras físicas e geográficas, mas entendido como espaço cultural; por fim, o poder, limitado normativamente e posto à serviço da liberdade cultural.

As constituições nacionais apresentam as normas que regem as políticas territoriais de cada país. A Carta Magna de 1988 dispõe as competências e as atribuições de cada ente federativo no que tange às características físicas do território nacional. Ao Congresso Nacional é imposta a tarefa de delimitar as fronteiras territoriais e tratar de assuntos relativos à incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas dos Estados⁴.

⁴ Vide incisos V e VI do Art. 48 da Constituição Federal.

A seguir, citamos os incisos V e VI do artigo 48 da Constituição da República Federativa do Brasil que tratam dos desmembramentos dos Estados-federativos brasileiros:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

(...)

V - limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União;

VI - incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembléias Legislativas;

As constituições democráticas adotam como regra geral o livre trânsito interno de cidadãos em seu território, bem como a liberdade de emigração. Por outro lado, a segurança nacional, assim como as fronteiras, não pode ser dissociada do contexto territorial, o que implica em invocar o princípio da soberania na definição das políticas migratórias, notadamente na imigração de estrangeiros, bem como nas restrições à movimentação de forças militares estrangeiras no território nacional⁵.

A análise da teoria constituição sob o enfoque cultural, conforme exposto em Häberle (2003), consiste em ampliar o escopo da definição de território. Visto como um espaço cultural, as políticas territoriais não excluem as abordagens de segurança nacional, delimitação física ou proteção natural, mas se integram a elas no âmbito dos elementos incorporados ao patrimônio cultural das constituições:

“Cada Estado constitucional se apropria internamente, una y otra vez, de su propio territorio, que se convierte en cultura. Solamente en un sentido secundario es el territorio “ fundamento del Estado”; lo es, pero de la Constitución. No es ‘elemento del Estado’, sino valor constitucional”⁶.

⁵ Inciso II, Art. 49 da Constituição Federal de 1988.

⁶ “Cada Estado constitucional se apropria internamente, una e outra vez, de seu próprio território, que se converte em cultura. Somente em um sentido secundário constitui o território ‘fundamento do Estado’; o é, mas da Constituição. Não é ‘elemento do Estado’, senão valor constitucional”.

E ainda:

Si la garantía del derecho de asilo acepta al ‘solicitante’ cuando éste ha sido un luchador por la “ libertad, los derechos humanos, la democracia y la paz entre las naciones” , lo que se manifiesta aquí es que el Estado abre su territorio a favor de estos valores fundamentales generales⁷.

Segundo Häberle, é a partir da proteção de valores constitucionais fundamentais ao território, que este mesmo se converte em um valor fundamental da Constituição, isto é, na base espacial para a realização de seus valores fundamentais.

Raciocínio análogo se aplica à relação dialética entre os territórios nacionais e supraestatais: ao mesmo tempo em que os territórios são integrados por instâncias supraestatais, devem manter os valores constitucionais fundamentais que regem os princípios de nacionalidade. Isto resulta em tensões e desequilíbrios que, por sua vez, só podem ser resolvidos ou negociados por meio do diálogo.

As tendências políticas atuais e o debate cada vez mais intenso entre “abertura” e “fechamento” dos países refletem essa tensão; o conceito-chave empregado por Häberle no âmbito dos Estados Europeus que pode ser utilizado para descrevê-la é o de Estado constitucional cooperativo.

Ademais, pensando o Brasil, a América Latina, bem como todo o ocidente globalizado para o contexto da interculturalidade, os Direitos Fundamentais funcionam como topoi, lugar comum entre as culturas. O que se quer fundamentar é que a interculturalidade, ou seja, o diálogo intercultural baseado nas premissas existentes em cada evento de contato entre culturas, está intimamente relacionado ao Direito. A partir daí, desenvolve-se a linha do pluralismo jurídico, fortemente presente no pensamento de Peter Haberle, defensor do Estado cooperativo da mesma forma que o jurista brasileiro Antônio Carlos Wolkmer.

⁷ “Se a garantia do direito de asilo aceita ao ‘solicitante’ quanto este foi um lutador ‘pela liberdade, pelos direitos humanos, pela democracia e a paz entre as nações’, o que se manifesta é que o Estado abre seu território a favor destes valores fundamentais gerais”.

Wolkmer (2006, p.114-115) define e justifica o pluralismo jurídico como um mecanismo da interculturalidade para solucionar conflitos em busca de soluções justas que pacifiquem animosidades entre as diversas comunidades culturais internacionais.

Krohling (2008, p.05) vai apresentar a necessidade do estudo antropológico e sociológico, inserido no contexto do diálogo intercultural, bem como da alteridade, o se ver no outro. Para que o Outro seja reconhecido, é necessário fundamentá-lo no processo de reivindicação de suas lutas por parte do Estado inserido como portador de direitos no texto constitucional.

E será dessa perspectiva que abordaremos a relação entre o uno e o múltiplo, entre o nacional e o plurinacional, entre o homogêneo e o heterogêneo, entre o igual e o diferente, ou seja, as relações humanas entre o eu e o outro que lhe é diferente, mas que, por isso mesmo, lhe é tão importante no momento de construção desse eu. A alteridade, portanto, será destacada neste ponto, como heterogeneidade radical do outro (KROHLING, 2011, p. 106-110) (grifo do autor).

Eberhard vai dizer que o desenvolvimento de um diálogo intercultural sobre os direitos humanos não deve, portanto, ser interpretado como uma postura completamente relativista, ou negativa de qualquer universalidade ou qualquer relevância dos direitos humanos.(EBERHARD, 2004, p.161)

Pannikar vai dizer que a questão não é desconstruir totalmente a abordagem ocidental refutando sua universalidade, mas sim enriquecê-la por meio de perspectivas culturais diferentes, com vistas a avançar progressivamente rumo a uma práxis intercultural dos direitos humanos e trazer uma melhor condição de vida para as pessoas.(PANNIKAR, 2004, p.207). Segundo o autor, nenhum povo tem o monopólio da verdade, por mais que cada cultura ou religião o definam, não se alcança por meio do conhecimento que se tem de teoria e práxis o entendimento da realidade.

⁸O *Outro* passa a ser visto, a partir de então, a partir da relação que possui com o eu, mas não orientando-se a partir desse, mas de suas diferenças em relação a ele. A alteridade, portanto, de que falamos aqui, não emergirá do *eu mesmo*, padronizado, homogeneizado, pela racionalidade moderna ocidental, mas do *outro* enquanto *outro*. Tal fato produzirá o sentido de justiça levinasiano, onde a justiça se encontra, obrigatoriamente, pautada na alteridade, numa ética de acolhimento do diferente, do que é diverso, plural, sem que haja condições prévias, dadas por uma ética individual do eu. (KROHLING, 2011, p. 103-104)

Deve-se, porém, buscar uma relativização radical, não evitar essa teoria e práxis, pois constituem a realidade, e de acordo com a proposta do autor, os direitos humanos funcionam como uma janela entre tantas outras para a realidade humana.

3 A TEORIA CULTURAL DA CONSTITUIÇÃO: ANÁLISE DA APATRIDIA E DO REFÚGIO

Ao introduzir a cultura como elemento integrante da teoria da constituição e do Estado, Häberle (2003) adota uma visão abrangente do direito. Se estruturas formais de arcabouços constitucionais semelhantes oferecem múltiplas interpretações da lei em situações concretas, elementos culturais presentes em cada sociedade podem servir como parâmetro para a jurisprudência e as decisões dos tribunais.

O direito comparado é uma metodologia válida para a aplicação das normas constitucionais. Consiste na montagem de uma árvore de decisões em que em cada ramo são colocados diferentes exemplos de aplicabilidade das normas jurídicas para a resolução de problemas semelhantes. O direito internacional comparado perfaz, portanto, um diálogo cultural e normativo necessário para um mundo crescentemente globalizado e composto por nações interdependentes em termos econômicos, políticos, sociais e culturais.

A abordagem de uma teoria cultural da constituição é essencialmente pluralista. Componentes comuns entre as culturas de diversos países, consubstanciados em normas jurídicas, indicam possíveis caminhos para a resolução de problemas específicos ou compartilhados por várias sociedades, o que é a base do direito comparado.

Essa ideia da Constituição como realidade complexa, como processo aberto que se desenvolve em múltiplos níveis e garantidor da participação de um número cada vez maior de pessoas, unida à convicção de que nenhuma ordem constitucional pode ser concebida hoje como uma estrutura fechada ao exterior, implica em alterações no próprio método de estudo da disciplina. Para tanto, o direito comparado aparece com toda a força para o estudo dos diferentes ordenamentos jurídicos, a fim de possibilitar a compreensão das diversas experiências jurídicas, fazendo ascender a imagem das trocas culturais e mudanças sociais no mundo contemporâneo (CARDOSO, 2010).

Nesse sentido, os problemas que atingem pessoas de todo o mundo, como a apatridia, cuja solução requer a concessão do direito de nacionalidade em cada país, isto é, demanda uma aplicabilidade local das normas jurídicas internas, está regulamentada por tratados e convenções internacionais.

O problema dos refugiados e apátridas é hoje uma questão preocupante que nenhuma nação democrática pode se reservar o direito de ficar em silêncio. De acordo com os relatórios do ACNUR, o número de refugiados em 2015 superou as cifras dos anos do pós-guerra, quando foram realizadas as conferências que definiram as convenções e protocolos das Nações Unidas que compõem a legislação internacional e se harmonizam com as constitucionais nacionais.

Desse modo, a busca das melhores aplicações do direito comparado na interpretação das normas internacionais e na forma de aplicá-las ao contexto nacional, não contradiz o que Verdú (2004) entendia como o sentimento constitucional, o que se alinha com a ideia de justiça e equidade do ordenamento jurídico:

Interessa, outrossim, aos cidadãos, quando estes possuam uma mínima preocupação cívico-política ante a norma básica de nosso ordenamento jurídico, sentindo a Constituição como sua, compreendendo sua comum integração na comunidade nacional (VERDÚ, 2004, p. 111).

A privação da nacionalidade impede que uma gama enorme de pessoas goze de direitos de cidadania elementares, sobretudo se à situação de apatridia se adicione o drama de ser também um refugiado.

Seguindo a lógica de Dworkin em seus hard-cases, aliada ao problema da prioridade de Rawls, à ponderação de princípios ainda em Alexy, bem como a teoria psicanalítica em Freud e Lacan, vislumbramos o superego do progresso que avança sobre os direitos humanos, que infelizmente há governantes que não representam seus governados, e ainda, praticam atos de violência em nome da coletividade, em nome de seus compatriotas, provocando uma diáspora por motivos mais torpes: perseguição religiosa, intolerância política, étnica ou cultural.

Assim, podemos vislumbrar que em sociedades constitucionalmente democráticas, aptas a receber refugiados/apátridas, deverão ponderar ao analisar cada caso de privação de

nacionalidade, baseadas em critérios de racionalidade e de justiça, priorizando aqueles que dentro de um universo de vítimas de guerra clamam por maiores cuidados, como idosos, crianças, pessoas com mobilidade reduzida e mulheres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo objetivamos mostrar, a partir de um levantamento detalhado da legislação internacional e brasileira pertinente ao tema da apatridia, como a teoria cultural da constituição de Peter Häberle pode ser um instrumento eficaz para uma abordagem de direito internacional comparado com vistas à redução dos casos de apatridia, bem como no amparo aos refugiados, mediante o reconhecimento do apátrida e da condição do refúgio e a concessão da nacionalidade, a essas coletividades.

Dessa forma, para a teoria cultural de Haberle que vislumbra a cooperação mútua entre Estados constitucionais por meio de uma globalização dos direitos fundamentais, assim também devem ser inseridos aqueles que têm seus direitos violados, como apátridas e refugiados para que sejam reinseridos na comunidade internacional, analisados os casos em suas particularidades para que não se gere mais violência e desrespeito àqueles seres humanos tão fragilizados em suas próprias pátrias, resguardados os direitos de crianças, mulheres, idosos e pessoas dotadas de mobilidade reduzida.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco - Rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em 01 ago. 2016.

CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição internacional. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 6, no. 2, dez. 2010. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000200006>. Acesso em: 06 ago. 2016. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322010000200006>.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San José da Costa Rica**. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

COURA, Alexandre de Castro; AZEVEDO, Silvagner Andrade de. **Indeterminação do direito e discricionariedade judicial: pensando a crise do positivismo jurídico a partir de Kelsen, Hart e Dworkin**. In *Direito, Política e Constituição - reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito*. Org. Alexandre de Castro Coura e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer. Curitiba: Editora CRV, 2014, p. 101-142.

EBERHARD, Christoph. **Direitos Humanos e Diálogo Intercultural: uma perspectiva antropológica**. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

KROHLING, Aloísio. **A Ética da alteridade e da responsabilidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

PANNIKAR, Raimond. **Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?** – In: BALDI, C.A.(Org). *Direitos Humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro:Renovar, 2004.

POPPER, Karl Raymond. **A Sociedade Aberta e Seus Inimigos**. 3ª ed., São Paulo: Itatiaia, 1998.

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

UNHCR. **Convention and Protocol relating to the status of refugees**. 2010. Disponível em: < <http://www.unhcr.org/protection/basic/3b66c2aa10/convention-protocol-relating-status-refugees.html>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

_____. **Convention relating to the status of stateless persons**. 1954. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/protection/statelessness/3bbb25729/convention-relating-status-stateless-persons.html>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

_____. **Convention on the reduction of statelessness** . 1961. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/protection/statelessness/3bbb286d8/convention-reduction-statelessness.html>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

VALADÉS, Diego. Prólogo. In: HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade**. Revista Sequência, nº 53, p.95-112, dez. 2006.