

O DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL E A DEFESA DO FENÔMENO MIGRATÓRIO SOB A ÉGIDE DOS DIREITOS HUMANOS¹

Ana Cândida Sousa Fonseca²

Virna Gonçalves Dourado Valiante³

RESUMO: Em virtude do processo de globalização, as migrações internacionais se tornaram uma tendência mundial. Hoje, a intensificação das desigualdades socioeconômicas, dos conflitos políticos e religiosos e até mesmo dos desastres naturais, impulsiona um intenso fluxo migratório que desafia a capacidade de resolução de conflitos da comunidade internacional. Tendo em vista o caráter global da questão migratória, que resulta no entrelaçamento de vários ordenamentos jurídicos em torno da discussão, o presente artigo pretende apontar como a tese transconstitucionalista de Marcelo Neves, e as pontes transversais que ele preconiza, se revelam como um caminho oportuno para a proteção efetiva dos Direitos Humanos de migrantes e refugiados, apesar de suas limitações.

PALAVRAS-CHAVE: Transconstitucionalismo. Direitos Humanos. Migração.

¹ Recebido em 20/08/2021

Aprovado em 27/06/2022

² Ana Cândida Sousa Fonseca – graduanda de Direito na Universidade Federal do Piauí – UFPI – anacsfonsecab@gmail.com

³ Virna Gonçalves Dourado Valiante - graduanda de Direito na Universidade Federal do Piauí – UFPI – virnagdv@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A intensificação do fenômeno migratório é consequência direta do acentuado processo de globalização que se desenvolveu a partir da segunda metade do Século XX. Diante do fim da Segunda Guerra Mundial e com o advento da terceira revolução industrial - também chamada de revolução técnico-científico-informacional - as distâncias e as fronteiras passaram a ser obstáculos mais facilmente transponíveis. Assim, com a relativa superação das barreiras geográficas e com o crescente estreitamento das relações políticas e econômicas entre diversos países, as migrações internacionais se tornaram uma possibilidade palpável e, depois, uma tendência global.

É preciso, no entanto, analisar de forma mais crítica as causas e os impactos gerados por esse fenômeno. Segundo as estimativas da Organização Internacional para Migrações (OIM), divulgadas através do Relatório de Migração Global 2020, existem atualmente cerca de 272 milhões de migrantes internacionais ao redor do mundo. É um número expressivo, que tende a aumentar e que gera preocupação quando se coloca em perspectiva o fato de que cada um desses indivíduos possui uma série de necessidades a serem supridas, bem como direitos a serem protegidos.

Apesar de se tratar de um processo instável, no sentido de que é influenciado por uma série de variáveis até certo ponto imprevisíveis, como desastres naturais, conflitos políticos, questões religiosas e crises econômicas, é de extrema importância buscar entender a sistemática e o ritmo dessas migrações internacionais, justamente a fim de proporcionar uma assistência adequada a esses indivíduos.

Com frequência, pesquisadores apontam que o agravamento das desigualdades socioeconômicas a nível global é um dos principais estímulos contemporâneos para a intensificação das migrações internacionais. Nesse sentido, a maioria desses migrantes são indivíduos que estão em busca de melhores condições de vida, que emigram porque se veem sem perspectiva de progresso em seus países de origem. Isso significa que muitas dessas pessoas já se encontram em algum tipo de situação de vulnerabilidade social e econômica, que pode acabar se perpetuando, ou até mesmo se agravando, ao se deslocarem para um país que não proporciona os meios para que esses estrangeiros se integrem de forma digna à sociedade.

Além disso, em um mundo globalizado, o tratamento dispensado a esses migrantes é um problema de interesse internacional, inclusive sob a ótica jurídica. Existem hoje diversos ordenamentos jurídicos cujo âmbito de incidência vai além de fronteiras estatais e que, em conjunto com organizações internacionais, criam múltiplos níveis de proteção aos Direitos Humanos. Nesse contexto, a discriminação e a restrição de direitos básicos a que os

O DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL E A DEFESA DO FENÔMENO MIGRATÓRIO SOB A ÉGIDE DOS DIREITOS HUMANOS

migrantes internacionais podem vir a ser expostos é um problema que, também, vai além das fronteiras estatais.

O Brasil, especificamente, é um país que vem recebendo um fluxo maior de migrantes nos últimos anos. De acordo com os dados divulgados pelo Relatório Anual do Observatório das Migrações Internacionais – OBMigra 2020, entre 2011 e 2019 foram registrados 1.085.673 imigrantes no Brasil, considerando todos os amparos legais. Entre eles, cerca de 660 mil são imigrantes de longo termo, isto é, com tempo de residência superior a um ano. São pessoas oriundas, principalmente, da América Latina, com destaque para haitianos e venezuelanos que, considerando a realidade de seus países de origem, muitas vezes chegam ao Brasil precisando de amparo e proteção humanitária.

De um ponto de vista puramente legal, nosso país é bem equipado para tratar, internamente, das questões relativas à migração. Em primeiro plano, temos a Constituição Federal de 1988, que concede aos estrangeiros residentes no país, em seu art. 5º, *caput*, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Em segundo plano, destaca-se a nova Lei de Migração, que entrou em vigor em 21 de novembro de 2017, em substituição a antiga Lei 6.814 de 1980, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, que foi instituída ainda durante a ditadura militar e que demonstrava um forte caráter protecionista, focado na segurança nacional.

Acompanhando a necessidade de mudança, a nível internacional, no tratamento aos migrantes, e trazendo um maior foco na questão social, sob o paradigma de respeito aos Direitos Humanos, a Lei de nº 13.445 representou um avanço significativo quanto à postura do Estado brasileiro em relação à recepção de estrangeiros. Além de colocar a proteção dos direitos desses indivíduos como ponto central, outros aspectos importantes da lei podem ser ressaltados, como a garantia de acesso igualitário a serviços e benefícios sociais e o fato de que a regularização da migração passou a ser regra.

Considerando, também, que o migrante estrangeiro pode ser um refugiado, é importante salientar que o Brasil possui legislação específica sobre o tema: a Lei de nº 9.474 de 1997, que definiu o conceito de refugiado - qualquer pessoa que busca refúgio em outro país por fundado temor de perseguição ou devido à grave e generalizada violação de direitos humanos em seu local de origem - e que criou o CONARE - Comitê Nacional para Refugiados, pertencente ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, que é o órgão responsável por conceder o status de refugiado no Brasil.

Ademais, o Estado brasileiro é signatário de uma série de documentos que defendem a proteção dos Direitos Humanos e a livre circulação de pessoas, como o Pacto de San José da

Costa Rica de 1969 e a Convenção sobre Refugiados de 1951, por exemplo. Desse modo, é fato que o país possui um histórico de respeito e incentivo aos direitos dos indivíduos que estão em seu território, assumindo e reafirmando seu compromisso, inclusive, diante da comunidade internacional.

Entretanto, apesar de ser possível identificar no Brasil, além da ordem jurídica estatal, a influência de ordens locais, supranacionais e internacionais que tratam da proteção dos Direitos Humanos, na prática, essa proteção é falha. Em muitos casos os migrantes que resolvem se estabelecer no Brasil são expostos a graves violações até de seus direitos mais básicos, que conversam diretamente com a dignidade da pessoa humana. Para além dos graves malefícios causados por potenciais situações de xenofobia, a falta de efetividade desses diversos níveis de proteção aos Direitos Humanos marginaliza esses indivíduos.

A situação se agrava ainda mais quando se leva em consideração os migrantes em situação irregular, indocumentados, que se tornam invisíveis aos olhos do Estado e consequentemente sujeitos a violações ainda mais graves. No fim, os migrantes são negligenciados duplamente: primeiro pelo ordenamento jurídico brasileiro e, depois, em muitos casos, pela própria sociedade civil. Na obra *As Origens do Totalitarismo*, Hannah Arendt defende que: “O homem pode perder todos os chamados Direitos do Homem sem perder a sua qualidade essencial de homem, sua dignidade humana. Só a perda da própria comunidade é que o expulsa da humanidade”. Sob essa ótica, é imprescindível que o imigrante seja acolhido como integrante da nossa comunidade e não visto como “o outro”.

Entretanto, a desconstrução da visão negativa do imigrante no imaginário social, por si só, não produz mudanças estruturais. É na tentativa de chegar a soluções práticas que proporcionem maior segurança quanto ao respeito aos Direitos Humanos que, no presente artigo, colocaremos em evidência a teoria transconstitucionalista de Marcelo Neves, que aponta para a necessidade de promoção de “conversações constitucionais”, isto é, defende o entrelaçamento entre ordens jurídicas diversas de modo a chegar em uma solução que é fruto do aprendizado recíproco, da absorção do dissenso.

A seguir, será introduzido um breve panorama que trata desde as ideias kantianas acerca do chamado direito cosmopolita, passando pela tese do constitucionalismo global, até chegar ao transconstitucionalismo e seu diferencial. Aproximando, então, a teoria da realidade das migrações internacionais, ressaltar-se-á a posição impeditiva que o Estado brasileiro vem assumindo em relação ao diálogo constitucional para, a partir disso, ponderar sobre os limites da teoria enquanto potencial instrumento de transformação da realidade dos imigrantes no Brasil.

O DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL E A DEFESA DO FENÔMENO MIGRATÓRIO SOB A ÉGIDE DOS DIREITOS HUMANOS

2. METODOLOGIA

Em face à problemática introduzida, desenvolve-se o presente artigo por meio de uma análise crítica da obra “Transconstitucionalismo” de Marcelo Neves, embasada, ainda, pela pesquisa bibliográfica de teóricos do assunto, de modo a contrapor suas elucidações com o contexto fático das migrações e da disposição de territórios mundiais sob o viés da política, cidadania e dignidade humana, com um recorte especial para o âmbito brasileiro.

Desse modo, optou-se por construir um itinerário de teorias - todas levadas em consideração pelo idealizador do transconstitucionalismo - que começa por Immanuel Kant, passa por Habermas e Canotilho, e desemboca no célebre Neves, com apontamentos críticos, positivos e negativos, das construções supracitadas frente ao cenário global atual.

Por conseguinte, será interligada a tese transconstitucionalista ao cenário do fenômeno migratório brasileiro, apontando as razões de sua melhor adequação à solução das problemáticas envolvidas. Por último, abandonando ideais utópicos, levanta-se os limites inerentes à própria teoria de Neves, discutindo fatores que impedem a sua plena aplicação e ressaltando a posição impeditiva que o Estado brasileiro vem assumindo em relação ao diálogo constitucional para, a partir disso, ponderar sobre os limites da teoria enquanto um possível instrumento de transformação social.

3. O DIFERENCIAL DO TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE OUTRAS TEORIAS

Em face à historicidade e à relevância da questão do direito de disposição sobre o território, diversos teóricos dedicaram estudos e reflexões acerca do tema, fazendo de suas concepções relevantes pressupostos para fomentar discussões sobre uma questão tão presente no contexto mundial. Isso posto, abordar-se-á, sob a perspectiva de pressupostos teóricos, o movimento da migração, com enfoque nos direitos humanos e no direito ao território.

No tocante à disposição à Terra, o jusfilósofo alemão Immanuel Kant aborda, em sua obra *À Paz Perpétua*, o Direito Cosmopolita e a questão da “hospitalidade universal”. Na sua concepção, “*ninguém tem mais direito do que o outro de estar em um lugar da Terra*”, e, em vista disso, defende o direito dos estrangeiros de não serem recepcionados de maneira hostil em solo alheio, criticando, de maneira análoga a esse tratamento, práticas que configurariam o que posteriormente foi chamado de colonialismo.

Desenvolvendo a ideia de que há um direito de visita – sob a égide de iguais proprietários da superfície terrestre -, e não um direito de hóspede – o qual iria conceber um maior poder de disposição da região ao grupo nativo, em detrimento dos que ali chegam -, os

Estados devem aceitar estrangeiros em seu território, se estes não configurarem dano ou perigo, tratando-os com hospitalidade, uma vez que todos os indivíduos são proprietários comuns do território mundial. Esse sentimento de hospitalidade e acolhimento levaria, inevitavelmente, ao que Kant concebe como sendo uma “constituição cosmopolita”, comum a todos os seres humanos, construindo, a partir disso, uma grande comunidade humana, que se aproxima da paz perpétua pela fundamentação de um direito público geral.

Em virtude disso, considerando tal direito universal como um instrumento essencial para a paz entre as nações, põe-se em relevo a importância de tal teoria kantiana para o contexto mundial atual, uma vez que o chamado Direito Internacional vem ganhando cada vez mais espaço, força e importância, em face, por exemplo, da efetivação dos Direitos Humanos em uma perspectiva universal. Nesse ínterim, adotando tal concepção de iguais proprietários, concebe-se um ideal de fluidez populacional entre as nações, ideal este que não iria expor os imigrantes a ameaças de violações a direitos próprios da sua condição de pessoa humana e que devem ser respeitados independente do lugar em que estejam. Ainda, tal cenário utópico conduzia as pessoas migrantes a uma condição de paridade em relação aos nativos, não estando, portanto, submetidos a subjugações nos diversos setores sociais em que irão fazer parte.

Todavia, apesar de elaborar tão célebre teoria idealista, Kant não apresenta, de forma sistemática, uma forma de aplicação prática que superasse os diversos conflitos que, de fato, decorrem do processo de migração. Em que pese o cenário ideal, que se torna um objetivo a ser alcançado pela comunidade mundial, enfrenta-se, na realidade, diversos entraves à efetiva integração digna do sujeito imigrante no território de chegada, motivados, principalmente por um olhar preconceituoso, tornando mais difícil ao imigrante o acesso a direitos sociais (à saúde, à moradia, segurança), direitos trabalhistas, privando-lhes, gradativamente, da sua dignidade, direito humano universal, que deve nortear o indivíduo independente do território. Isso posto, torna-se latente a exposição do imigrante e do refugiado ao agravamento de sua situação de vulnerabilidade e o distanciamento do que ora foi idealizado por Kant como sendo o direito cosmopolita.

Nesse contexto, sob outra ótica, o sociólogo e filósofo alemão Jürgen Habermas discorre acerca da formação da sociedade como tal a partir de um processo comunicativo, o qual irá incluir o indivíduo no pacto de nação, dispondo, assim, de seus direitos. A partir de um encadeamento de ideias, o ilustre sociólogo teoriza o processo de estruturação da sociedade a partir de dois princípios basilares: comunicação e pertencimento.

O DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL E A DEFESA DO FENÔMENO MIGRATÓRIO SOB A ÉGIDE DOS DIREITOS HUMANOS

Desse modo, em sua Teoria da Ação Comunicativa, Habermas traz a ideia de que a comunicação das experiências constrói o conhecimento e, por tabela, a sensação de pertencimento, o que dá forma à sociedade. A partir do processo de comunicação – que é a base da democracia, segundo ao autor –, do momento em que ouve a outra experiência, o indivíduo se torna membro da sociedade e do pacto de nação, em uma situação de igualdade política e performática, ou seja, detém o direito de ter direitos e de reivindicar seus direitos, quando sentir que foi violado (direito de petição). Nesse sentido, de acordo com o autor, os direitos humanos se baseiam em iguais liberdades, em “ser membro” do pacto de nação e em ter direito à participação, configurando, assim, o ponto de partida para todos os demais direitos do indivíduo e da sociedade como um todo.

Nesse cenário, trazendo a construção teórica habermasiana para o contexto da migração, concebe-se que, a partir de um processo comunicativo, no qual o nacional se põe no lugar de ouvinte das experiências do imigrante, poderia haver a inclusão deste na sociedade, como um igual pertencente do pacto de nação e sujeito de direitos em uma situação de igualdade performática. Todavia, a problemática que surge da teoria comunicativa de Habermas é a ideia de um processo voltado para um consenso, um ponto de acordo comum entre os interlocutores. Tal ponto revela-se problemático no momento que se atenta à tendência da cultura dominante e majoritária da sociedade nativa se sobrepor às experiências do imigrante, em minoria, o que levaria a um consenso desequilibrado no que se refere a prevalência de culturas e experiências e, por conseguinte, a anulação e desvalorização da história e carga cultural do imigrante.

Outrossim, a Teoria do Constitucionalismo Global desenvolvida pelo jurista português Joaquim Gomes Canotilho, é de considerável importância para a análise de um problema mundial, como é o caso da imigração, que perpassa os limites das constituições estatais e integra uma perspectiva global. De acordo com tal teoria, a partir da interação jurídico-política entre Estado e Povo e da vertiginosa ascensão de um *jus cogens* internacional – preocupações globais com a defesa de direitos básicos a todos fixadas declarações, convenções e outros documentos internacionais – em torno da firmada concepção de prioridade de proteção e garantia da dignidade da pessoa humana nos constitucionalismos estatais, põe-se toda a comunidade mundial em uma estrada que leva a um fim comum: uma Constituição Global. Tal documento estaria voltado à proteção dos Direitos Humanos comuns a todos os indivíduos, independente da sua nacionalidade, e limitaria arbítrios estatais que possam ferir a efetivação de tais direitos.

Ao teorizar tal espécie de Carta, considera-se, de início, uma alternativa coerente, prática e possível para o tratamento de questões internacionais, que envolvem vários Estados e a perspectiva dos Direitos Humanos. Contudo, com a análise mais profunda dos efeitos de uma Constituição Global, em especial a longo prazo, identifica-se a problemática de que tal documento “ideal” funcionaria como *ultima ratio*, com uma concepção de Direito baseado em uma cultura jurídica comum.

Nesse panorama, ao considerar a pluralidade de sociedades existentes no mundo - cada qual com suas cultura e percepções jurídicas próprias adequadas a sua evolução histórico-social – formando minorias e majorias no contexto global, relembra-se a tendência constante do contexto dominante absorver os contextos mais enfraquecidos. Desse modo, ao criar uma constituição global que regeria igualmente contextos estatais tão diversificados, impondo suas prerrogativas - baseadas em óticas dominantes - a todo o mundo, o risco de aniquilação da identidade de culturas minoritárias pela adoção de um sistema jurídico não condizente com sua realidade fáticas seria concreto. Isso posto, a teoria do constitucionalismo global não seria eficaz para tratar de problemas mundiais envolvendo ordens diferenciadas – como é o caso da migração – sem que essas ordens e seus indivíduos percam sua identidade.

Diante do supracitado, em que pese a relevância e o mérito de cada teoria apresentada, infere-se não serem as mais adequadas para uma solução mais benéfica e respeitosa a todos os envolvidos no que tange à migração. É por tal razão que vem à tona o Transconstitucionalismo, teorizado pelo professor brasileiro Marcelo Neves, como a forma mais apropriada de diálogo para tratar e lidar com o assunto dos imigrantes e a questão da salvaguarda de seus direitos humanos e fundamentais em território estrangeiro, preservando sua cultura e identidade.

O Transconstitucionalismo, por sua vez, vem como uma forma de diálogo que inclui diversas ordens jurídicas, constitucionais e até mesmo anticonstitucionais, por meio de “pontes transversais”, em busca de um consenso que seja válido para todos os interlocutores. A teoria em tela considera e respeita as assimetrias das diversas ordens envolvidas na busca de uma solução para uma questão constitucional.

Dessa forma, para Neves é importante que, através dessas “conversações constitucionais” haja observações recíprocas entre as mais diversas ordens jurídicas em prol de uma reconstrução contínua de sua identidade a partir da alteridade, ou seja, os diferentes constitucionalismos, por meio de pontes de transição, conversam e identificam no outro aquilo de que sua própria ordem é carente e limitada para que possam reconstruir sua identidade e chegar a uma forma de resolução de um problema que os perpassa. As ordens,

O DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL E A DEFESA DO FENÔMENO MIGRATÓRIO SOB A ÉGIDE DOS DIREITOS HUMANOS

portanto, influenciam-se e modificam-se mutuamente sem que cheguem a um consenso, a uma única resposta, mas sim a um dissenso que os preservem em essência e particularidades, mas também os melhorem, como o ilustre professor defende: “o aprendizado recíproco mediante o conflito”. Neves (2014) elabora:

Mas, se é verdade, considerando a diversidade de perspectivas de observação de *alter* e *ego*, [...], cabe acrescentar que o ‘ponto cego’ de um observador pode ser visto pelo outro. Nesse sentido, pode-se afirmar que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: o ponto cego, o outro pode ver.⁴

Com vistas à célebre teoria, não há hierarquias de ordens jurídicas, a solução para um problema específico comum é facilitada sem que haja conflitos ou subjugação de ordens em relação a outras. Assim, os problemas envolvendo Direitos Humanos e as diversas ordens constitucionais, decorrentes das práticas migratórias, são observadas agora buscando um dissenso reconstrutor.

O país de acolhida dos imigrantes está inserido em um diálogo com o país de saída do indivíduo e com outros países que lidam com a migração e, com isso, pode identificar nas outras ordens e experiências modos de solução de problemas e de efetivação dos direitos humanos e fundamentais do imigrante da forma que melhor se adapte e à sua realidade e melhore-a, sem que haja imposição das prerrogativas de outros países. Justifica-se, em virtude disso, que o diálogo transconstitucional se apresenta como a melhor alternativa mundial para o gerenciamento das inéditas questões geradas pelo movimento migratório.

4. O TRANSCONSTITUCIONALISMO E O FENÔMENO MIGRATÓRIO NO BRASIL

É possível argumentar que o elo entre a tese transconstitucionalista e a questão dos Direitos Humanos nasce precisamente da constatação de que as diversas ordens jurídicas do cenário mundial compreendem e tratam esses direitos de forma assimétrica. Entende-se que a principal causa dessa assimetria está na possibilidade de diferentes leituras sobre o tema, não havendo consenso absoluto, a nível teórico e, principalmente, dentro dos mais diversos contextos políticos pelo mundo, sobre o seu conteúdo, sobre a sua extensão de proteção e, especialmente, sobre quais são os instrumentos adequados para a sua efetivação.

⁴ NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. Lua Nova: Revista de Cultura e Política [online]. 2014, n. 93, pp. 201-232. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452014000300008>. Acesso em 5 de jul. 2021.

Essa problemática se revela de forma bastante clara nas situações que envolvem a proteção dos direitos dos migrantes internacionais, pois é inevitável que haja o envolvimento de mais de uma ordem jurídico-constitucional. Os problemas gerados pela intensificação do fluxo migratório são, portanto, problemas transconstitucionais. No entanto, a existência de diferenças históricas, culturais e políticas pode acabar dificultando a exequibilidade das soluções para esses problemas. Em outras palavras, a questão dos Direitos Humanos faz surgir relações transversais entre diferentes sistemas jurídicos que possuem e buscam solucionar os mesmos problemas de forma simultânea, mas não necessariamente semelhante, nem paralela, o que abre margens para situações de colisão.

Nesse contexto, o interessante da visão transconstitucionalista de Marcelo Neves é que a sua proposta de diálogo entre ordenamentos jurídicos não funciona de forma hierárquica ou impositiva. O diálogo e o aprendizado se desenvolvem sem que se defina a primazia de uma das ordens sobre as demais, não admitindo-se uma *ultima ratio* jurídica. Nesse contexto, o teórico infere que olhar para e através do outro é indispensável para entender o todo, afirmando que há, na visão de cada ordenamento jurídico, um ponto cego que o outro talvez já tenha visto.

É esse inter-relacionamento entre ordenamentos, em um plano reflexivo de suas estruturas normativas, que possibilita a incorporação recíproca de conteúdos. Trata-se de uma construção reflexiva de identidade que pode ser reconstruída continuamente. Oferece-se, assim, uma fonte inesgotável de caminhos para a solução de novos problemas que podem emergir, em âmbito jurídico-constitucional, como resultado do constante processo de transformação social ocasionado pelo deslocamento migratório pelo mundo.

Como mencionado anteriormente, esse sistema é, ao menos na teoria, bastante adequado para solucionar conflitos jurídicos gerados pela migração internacional. Entretanto, ao aproximar a possibilidade da realidade brasileira, identificam-se algumas barreiras que precisam ser melhor discutidas. Nesse ponto, a problemática em torno da proteção da soberania nacional ganha especial relevância.

Recentemente, a retirada do Brasil do Pacto Global para a Migração Segura, Ordenada e Regular chamou atenção por se tratar de uma postura retrógrada. O documento em questão foi o primeiro a ser negociado de modo intergovernamental que trata especificamente sobre o problema da migração mundial de modo sistêmico, reconhecendo a necessidade de uma abordagem cooperativa, focada em resguardar, prioritariamente, o indivíduo migrante. Como justificativa, o atual governo afirmou a necessidade de tratar da questão dos migrantes de acordo com a realidade brasileira, colocando como preocupação central a soberania do país. A

O DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL E A DEFESA DO FENÔMENO MIGRATÓRIO SOB A ÉGIDE DOS DIREITOS HUMANOS

comunidade internacional, claro, se posicionou de maneira receosa quanto à essa decisão brasileira.

Decisões como essa são delicadas e podem colocar o Brasil em desvantagem diante dos demais países, o que não é desejável em um mundo globalizado, onde relações políticas e econômicas internacionais são impostas como essenciais para o desenvolvimento de um país. Porém, ainda mais grave é a postura impeditiva ao diálogo transconstitucional que se revela diante da resistência do Estado brasileiro em aceitar a conversação constitucional, aclarando seu entendimento de que o ordenamento jurídico estatal brasileiro deve ser encarado como *ultima ratio*.

Sob o argumento de proteção da soberania nacional, o Brasil está indo na contramão da tendência - cada vez mais forte - de se buscar soluções globais para os problemas comuns à comunidade internacional, procurando-se, inclusive, superar as assimetrias na visão dos Direitos Humanos. Em última análise, trata-se de uma situação paradoxal. O entendimento do próprio Marcelo Neves é o de que relacionamentos transconstitucionais já existem e, em razão disso, precisam receber maior atenção para que se possa ampliar as suas possibilidades de aplicação. Resistir a essa realidade não só contribui para a perpetuação de situações de ofensa grave aos direitos humanos em território brasileiro, como também expõe o país a sanções políticas e, em casos extremos, até à interferência de ordenamentos jurídicos internacionais que, diante da impossibilidade do diálogo, podem vir a exercer as prerrogativas da sua posição hierárquica e impor uma solução, prejudicando, por fim, o que se procurava proteger: a soberania nacional.

No fim, a preocupação com o desrespeito aos direitos humanos dos imigrantes, não pode, no atual cenário global, ser colocado em segundo plano frente à soberania, pois diante do caráter universal atribuído a esses direitos fundamentais, a responsabilidade por sua efetivação se torna uma demanda global, principalmente quando o ordenamento jurídico brasileiro se mostra incapaz, mesmo com diversos mecanismos à disposição, de proteger e assegurar dignidade a cada um desses indivíduos. De fato, quanto maior o fluxo migratório, maiores os desafios que se apresentam, sendo insensato dispensar o aprendizado que pode nascer do entrelaçamento de ordens que enxergam e decidem acerca de problemas iguais, ou pelo menos bastante próximos.

Do ponto de vista do transconstitucionalismo, o diálogo é instrumento para desvelar a “melhor” verdade, isto é, contribui de forma decisiva para que se chegue na resposta jurídica mais adequada. Nesse sentido, utilizar o ordenamento estatal brasileiro como *ultima ratio* limita as possibilidades de solução, desconsiderando aquelas que poderiam surgir da absorção

do dissenso entre ordenamentos e a consequente necessidade de diálogo. Por último, é preciso ressaltar que esse obstáculo significativo não é exclusivo ao caso brasileiro. Existem limitações a nível global para o transconstitucionalismo enquanto um instrumento de mudança da realidade internacional, especialmente no campo das problemáticas geradas pelas migrações.

O aprendizado recíproco entre diferentes ordens jurídicas, constitucionais e também anticonstitucionais, nos moldes teorizados por Marcelo Neves, aponta para soluções cada vez mais consistentes e próximas, porém, ainda que o transconstitucionalismo permita, por seu caráter heterorreflexivo, que a identidade desses ordenamentos seja rearticulada em face uns dos outros, a assimetria entre essas ordens ainda será uma realidade e, apesar de serem respeitadas, ainda funcionam, até certo ponto, como obstáculo, principalmente nos casos de assimetrias mais severas.

5. OS LIMITES DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Em prosseguimento à linha de raciocínio supracitada, apesar de a ideia central do Transconstitucionalismo – de diálogo transversal entre ordens constitucionais diversas por meio de pontes de transição em busca de um dissenso que identifique em si o que falta a partir do olhar para o outro – apresentar-se como um meio ideal de solução para conflitos mundiais ao priorizar o respeito e a preservação da cultura, da identidade e da história de cada grupo em torno da ordem constitucional, cabe apontar a pretensão um tanto utópica de tal teoria. Ao considerar a realidade fática mundial, não se pode ignorar as reais dinâmicas de poder existentes entre as nações centrais e as nações periféricas, sobretudo quando ocorre a sobreposição daquelas em relação a estas em questões econômicas, culturais e, de maneira análoga, no âmbito da tentativa de debate político-jurídico-constitucional.

Nesse ínterim, o movimento predominante da política mundial assenta-se no escalonamento e na hierarquização de instituições de poder fortes e dominantes como *ultima ratio* argumentativa para o contexto global, impondo seu *modus vivendi* como o ideal a ser seguido e copiado. Tal visão e comportamento configuram, dessa forma, uma limitação à efetivação do Transconstitucionalismo, uma vez que contraria a “heterarquia” preconizada pelo modelo ideal e cria uma espécie de bloqueio operativo aos países dominados.

Nesse contexto, à luz de Zygmunt Bauman (2017), “problemas globais pedem soluções globais”, portanto, o diálogo transconstitucional requer, para sua efetiva realização, posições equitativas entre todos os interlocutores e influências recíprocas entre eles para a busca de uma resposta mais adequada a um problema de dimensão internacional. Com um

O DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL E A DEFESA DO FENÔMENO MIGRATÓRIO SOB A ÉGIDE DOS DIREITOS HUMANOS

olhar sensível à migração e à situação dos imigrantes, a hierarquização das potências mundiais culmina no uso político da retórica dos Direitos Humanos para fins de imposição de interesses de países centrais sobre os países periféricos, bem como as suas concepções de Direito e Justiça, configurando uma espécie de “Imperialismo dos Direitos Humanos”, como Neves (2014) conceitua. Tal dinâmica se mostra ineficaz e danosa às ordens minoritárias pois o modelo jurídico de Direitos Humanos que lhes é imposto para solucionar problemas supranacionais é baseado na construção histórica e cultural de países estruturalmente diversos, o que acaba por desvalorizar e suprimir as particularidades das nações periféricas.

Sob outra ótica, no tocante à aceitação dos imigrantes no país de acolhida, percebe-se que os incentivos a tal situação são condicionados a uma visão benéfica do imigrante por lentes economicistas e nacionalistas, ou seja, preocupa-se e destaca-se o benefício que tal indivíduo pode trazer à economia do país de acolhida. Essa visão limitada e autocentrada desumaniza o imigrante, coloca em uma posição inferior à população nacional e impõe a ele um estigma de “mão de obra” a ser explorado pelo Estado.

Ademais, cabe pôr em relevo a controvérsia existente entre o Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular (2018) e a visão utilitário-economicista que os países sustentam quanto à migração. Enquanto o pacto propõe a humanização da pessoa do imigrante, vendo-o primeiro como sujeito de direitos e voltando a adjetivação “segura”, “ordenada” e “regular” para a pessoa do imigrante – não para o país que o está recebendo -, as motivações para a acolhida se voltam para os benefícios econômicos que ele pode trazer para o Estado de chegada e, até mesmo, para o Estado de saída (quando se pensa no envio de dinheiro para sustento de família que fica no país de origem).

Nessa perspectiva, a redução do imigrante a um gerador de renda o coloca em uma posição de desigualdade em relação à população nativa, e atribui a ele a busca por um “merecimento” para alcançar direitos que já lhe são inerentes pela sua condição de pessoa humana e status de pertencente ao pacto de nação. O imigrante, portanto, deve provar seu valor e contribuição ao país para que seja inserido na sociedade dali. A referida estratégia é dotada de um reducionismo economicista do indivíduo migrante e contraria, dessa forma, a concepção kantiana consagrada em “À Paz Perpétua” de que todos os indivíduos são proprietários comuns da Terra.

No que tange à realidade brasileira, conforme já abordado, ainda que signatário de documentos internacionais que legislam sobre Direitos Humanos, o Brasil continua a adotar uma visão hierárquica, priorizando a ordem político-jurídica nacional. Ademais, é possível identificar - de forma latente - nas políticas governamentais a respeito da migração, uma

posição utilitarista em relação aos imigrantes, que são considerados como fonte de produção de capital. Essa visão anula a cultura, história e personalidade desses povos imigrantes em prol da supremacia brasileira por questões territoriais, o que dificulta a inserção igualitária e a verdadeira formação de uma comunidade global.

6. CONCLUSÃO

É notório que o Brasil segue fechado a diálogos transconstitucionais, adotando uma posição consideravelmente autocentrada e limitada. Diante dessa realidade, seria interessante ao país – e não só ao Brasil, mas a todos aqueles que adotam posturas semelhantes – preocupar-se em assegurar, primeiro, a efetividade dos direitos dos imigrantes e refugiados, encarando-os, antes de tudo, como sujeitos de direito e como iguais “merecedores” de estar em território nacional.

Isso posto, compreende-se que indivíduos amparados e acolhidos como iguais, tendo os direitos inerentes à condição humana e o acesso a condições básicas para existência digna assegurados, vão, naturalmente, se incorporar à sociedade e movimentar a economia. Não se deve reduzir a permanência dessas pessoas no país às potenciais contribuições econômicas que possam proporcionar. A participação direta e positiva na economia de um país não é resultado da imigração, mas das condições que esses migrantes encontram para construir uma vida em seu país de destino. Necessita-se promover, portanto, um alinhamento entre a efetivação dos Direitos Humanos e o tratamento humanizado do indivíduo imigrante, para que ele se sinta devidamente acolhido e inserido na nação, preservando, por meio da sensação de pertencimento, sua dignidade, tal como preconiza Hannah Arendt.

Nesse sentido, infere-se que tal alinhamento pode ser desenvolvido através de um diálogo transconstitucional, no qual as nações interlocutoras se mostrem abertas a identificar em si mesmas os problemas e fraquezas que possuem no tratamento do tema e, ao mesmo tempo, identificar em outras realidades, para além de ordenamentos jurídicos estatais, pontos que podem ser absorvidos para a sua própria, sem que se perca a sua essência. Esse diálogo, todavia, seria otimizado se estes países, bem como os diferentes sistemas jurídicos que tratam das migrações internacionais, estivessem em uma posição de paridade, proporcionando, assim, uma troca equitativa. O fim dessas dinâmicas de poder no cenário mundial ainda é uma realidade distante, mas que deve servir como um norte para que se possa desenvolver o transconstitucionalismo enquanto instrumento para solução de problemáticas envolvendo os Direitos Humanos.

O DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL E A DEFESA DO FENÔMENO MIGRATÓRIO SOB A ÉGIDE DOS DIREITOS HUMANOS

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Retrotopia**. Tradução Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 de jul. de 2021.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 3 de jul. de 2021.

BRASIL. Lei 9.474 de 22 de julho de 1997. **Lei de Refúgio**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm. Acesso em 1 de jul. de 2021

BRASIL. Lei 13.445 de 27 de maio de 2017. **Lei de Migração**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Acesso em: 1 de jul. 2021.

CAVALCANTI, L. ; OLIVEIRA, T. MACEDO, M., **Imigração e Refúgio no Brasil. Relatório Anual 2020**. Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2020. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/dados/relatorios-a>. Acesso em: 1 de jul. de 2021.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Volume I. 4º ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997.

HANNAH, Arendt. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HANNAH, Arendt. **Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo**. 1 ed. Editora Companhia das Letras, 2013. KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua. Um Projeto Filosófico**. Tradução de Artur Mourão. Universidade da Beira Interior. Covilhã - Portugal. 2008.

LMAUER, D. Transconstitucionalismo: **Do acoplamento estrutural à racionalidade transversal**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 108, p. 855-864, 2013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/68006>. Acesso em: 5 jul. 2021.

NEVES, Marcelo. **(Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política [online]. 2014, n. 93, pp. 201-232. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452014000300008>. Acesso em 5 de jul. 2021.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ONU NEWS. **Número de migrantes internacionais no mundo chega a 272 milhões.** 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/11/1696031>. Acesso em: 1 de jul. 2021.

SOLIANO, Vitor. **Transconstitucionalismo, interconstitucionalidade e Heterorreflexividade:** alternativas possíveis para a proteção dos Direitos Humanos na relação entre ordens jurídico-constitucionais distintas - primeiras incursões. *Direito UNIFACS–Debate Virtual* 144, 2012. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2147>. Acesso em 5 de jul. 2021.

SPOSATO, Karyna; LAGE, Renata. **A retirada do Brasil do Pacto Global para Migração Segura: um olhar crítico pela ótica do transconstitucionalismo.** Caderno de Relações Internacionais, [S. l.], v. 11, n. 20, 2020. Disponível em: <https://revistas.faculdadedamas.edu.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/1261>. Acesso em: 3 jul. 2021.