

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E
PRODUÇÃO DO DIREITO

CONSTITUCIONALISMO E MIGRAÇÕES TRANSNACIONAIS

JAQUELINE MORETTI QUINTERO

Itajaí-SC, setembro de 2018

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E
PRODUÇÃO DO DIREITO

CONSTITUCIONALISMO E MIGRAÇÕES TRANSNACIONAIS

JAQUELINE MORETTI QUINTERO

Tese submetida ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Coorientador: Professor Dr. Antonio Bartolini

Coorientador: Professor Dr. Cesar Luiz Pasold

Itajaí-SC, setembro de 2018

AGRADECIMENTOS

À Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, pela oportunidade e pelo apoio, e à pessoa do Magnífico Reitor Prof. Dr. Valdir Cechinel Filho pela confiança.

À Vice-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação, Extensão e Cultura, especialmente na pessoa do Prof. Dr. Rogério Corrêa.

À Direção da Escola de Ciências Jurídicas e Sociais, na pessoa do Prof. Dr. José Everton da Silva.

À Coordenação do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, na pessoa do Prof. Dr. Paulo Márcio Cruz.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES que permitiu o desenvolvimento de grande parte desta pesquisa junto à Universidade de Perugia – UNIPG.

À Universidade de Perugia – UNIPG pelo acolhimento.

À Agenzia per il Diritto allo Studio Universitario dell'Umbria – ADISU pela acolhida.

Ao Prof. Dr. Maurizio Oliviero, incansável apoiador dos projetos de internacionalização e às pesquisas da Ciência Jurídica.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho, que com paciência e motivação me ajudou a seguir o trajeto.

Aos queridos professores e coorientadores Dra. Antonio Bartolini e Dr. Cesar Luiz Pasold pelas valorosas contribuições.

À querida Profa. Dra. Maria Chiara Locchi, por toda atenção e auxílio prestados.

Aos meus colegas Alexandre Zarske de Mello, Aureleia Franco e Fabiola Varella, pela paciência e incentivo dia após dia.

Ao colega e doutorando Glaucio Melim, pelo apoio.

Aos meus colegas de Curso, pelo carinho e motivação.

À todos que, de uma forma ou outra, me auxiliaram nesta caminhada.

DEDICATÓRIA

Ao Marcio Pasa, companheiro e parceiro de todas as horas.

És para mim, o melhor conceito de família!

Aos meus pais, Eli Quintero e Lia Moretti (*in memoriam*),

por todos os ensinamentos.

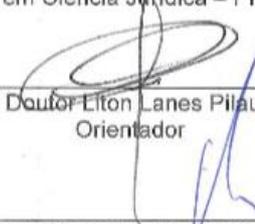
TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

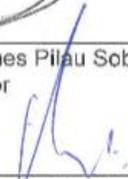
Itajaí-SC, 25 de setembro de 2018.

Jaqueline Moretti Quintero
Doutoranda

Esta Defesa de Tese foi julgada APTA para a obtenção do título de Doutor em
Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de
Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

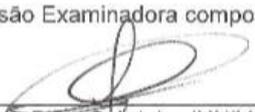


Professor Doutor Liton Lanes Pilaú Sobrinho
Orientador

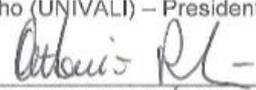


Professor Doutor Paulo Márcio Cruz
Coordenador/PPCJ

Apresentada perante a Comissão Examinadora composta pelos Professores



Doutor Liton Lanes Pilaú Sobrinho (UNIVALI) – Presidente



Doutor Antonio Bartolini (UNIVERSIDADE DE PERUGIA/ITÁLIA) – Coorientador



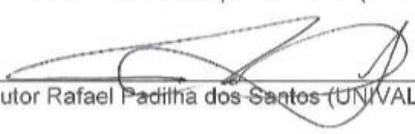
Doutor Maurizio Oliviero (UNIVERSIDADE DE PERUGIA/ITÁLIA) – Membro



Doutora Maria Chiara Locchi (UNIVERSIDADE DE PERUGIA/ITÁLIA) – Membro



Doutora Denise Schmitt Siqueira Garcia (UNIVALI) – Membro



Doutor Rafael Padilha dos Santos (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), 31 de outubro de 2018.

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACNUR	Agência da ONU para Refugiados
EASO	Agência Europeia para o Asilo
CEE	Comunidade Económica Europeia
CNDH	Conselho Nacional dos Direitos Humanos
CIE	Cédula de Identidade de Estrangeiro
CNIg	Conselho Nacional de Imigração
ETPI	Estatuto do Tribunal Penal Internacional
Frontex	Guarda Costeira e de Fronteiras
MTb	Ministério do Trabalho
OIM	Organização Internacional para as Migrações
ONU	Organização das Nações Unidas
CEAS	Sistema Europeu Comum de Asilo
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
TPI	Tribunal Penal Internacional
UE	União Europeia

ROL DE CATEGORIAS

Cidadania: “Hodiernamente, considera-se que o conceito de cidadania inclui a satisfação das diversas gerações de direitos humanos, ou seja, o cidadão é aquele que desfruta dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e dos direitos de solidariedade. Esses direitos se completam e se incorporam.”¹

Cidadão: Cidadão, em sentido estrito, a respeito do qual não se possa apresentar nenhuma exceção, é unicamente aquele que tem o poder de tomar parte da administração deliberativa ou judicial da cidade.²

Constitucionalismo: Constitucionalismo é a teoria ou ideologia que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.³

Constitucionalismo Multinível: o Constitucionalismo multinível é uma abordagem teórica para conceituar a “Constituição” deste sistema como um processo interativo com a finalidade de estabelecer, organizar, compartilhar e limitar os poderes - um processo que envolve constituições nacionais e o quadro constitucional supranacional como dois elementos interdependentes de um sistema jurídico.⁴

Democracia: A Democracia é uma forma de Estado que corresponde ao princípio de identidade (isto é, do povo concretamente existente com ele mesmo enquanto unidade política). O povo é o titular do poder constituinte e ele próprio dá a sua Constituição. Além disso, a palavra Democracia pode indicar um método de exercício de determinada atividade estatal. Caracteriza ainda uma forma de governo ou de legislação e significa que, no sistema de distinção de poderes, um ou mais destes

¹ TOLFO, Andreia Cadore. **Direitos Humanos e a Construção da Cidadania**. In: *Vivências*. Vol. 9, N.17: p. 33-43, Outubro/2013. p. 38.

² ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2008. Livro III, Capítulo I. p. 114.

³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 51.

⁴ PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism In Action. In: **The Columbia Journal of European Law**. Vol. 15, N. 3, Summer/2009. p. 349-407. p. 353.

poderes, por exemplo a legislação ou o governo, são organizados segundo princípios democráticos com a mais ampla participação possível dos cidadãos.⁵

Direitos Humanos: Os “[...] ‘direitos humanos’ guardam relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).”⁶

Emigração: Abandono ou saída de um Estado com a finalidade de se instalar noutro. As normas internacionais sobre direitos humanos preveem que toda pessoa deve poder abandonar livremente qualquer país, nomeadamente o seu próprio, e que, apenas em circunstâncias muito limitadas, podem os Estados impor restrições ao direito de um indivíduo abandonar o seu território.⁷

Estado: “[...] é um aparelho ou conjunto de atividades formalmente vinculadas à Sociedade Política.”⁸

Estado Democrático de Direito: “O Estado Democrático de Direito carrega consigo um caráter transgressor que implica agregar o feito incerto da Democracia ao Direito, impondo um caráter reestruturador à sociedade e, revelando uma contradição fundamental com a juridicidade liberal a partir da reconstrução de seus primados básicos de certeza e segurança jurídicas, para adaptá-los a uma ordenação jurídica voltada para a garantia /implementação do futuro, e não para a conservação do passado”.⁹

⁵ SCHMITT, Carl. **Dottrina della Costituzione**. Tradução de Antonio Caracciolo. Milano: Giuffrè Editores, 1984. p. 293.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 36.

⁷ Organização Internacional para as Migrações (OIM). **Glossário sobre Migração**. p. 26.

⁸ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4.ed. UNIVALI, Itajaí, 2013. p. 125.

⁹ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 81.

Globalização: “[...] se entende uma organização sistêmica da economia de nível supranacional, deflagrada pela crescente diferenciação estrutural e funcional dos sistemas produtivos e pela subsequente ampliação das redes empresárias, comerciais e financeiras, em escala mundial, atuando de modo cada vez mais independente dos controles políticos e jurídicos a nível nacional.¹⁰

Imigração Internacional: processo mediante o qual pessoas não nacionais ingressam em um país com o fim de estabelecer-se.¹¹

Liberdade: “[...] é condição de sensibilidade, racionalidade e acessibilidade exercida pelo homem quanto a alternativas.

Migração: Processo de atravessamento de uma fronteira internacional ou de um Estado. É um movimento populacional que compreende qualquer deslocação de pessoas, independentemente da extensão, da composição ou das causas; inclui a migração de Refugiados, pessoas deslocadas, pessoas desenraizadas e migrantes econômicos¹²

Nação: “[...] uma dada população humana que habita um território histórico e que partilha mitos e memórias históricas comuns, uma cultura pública e de massas, uma economia comum e os mesmos direitos e deveres legais para todos os seus membros.”¹³

Nacionalismo: Movimento ideológico que procura alcançar e manter a autonomia, unidade e identidade para uma população em que alguns dos seus membros pensam constituir uma “nação”, atual ou potencial.¹⁴

Políticas de Migração/Políticas Migratórias: conjunto de ações governamentais para regulação da entrada, permanência e saída de estrangeiros do território nacional,

¹⁰ FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 52.

¹¹ Organização Internacional para as Migrações (OIM). **Glossário sobre Migração**. p. 32.

¹² Organização Internacional para as Migrações (OIM). **Glossário sobre Migração**. Genebra: Editora OIM, 2009. 92 p. p. 45.

¹³ SMITH, Anthony D. **National Identity**. p. 43.

¹⁴ SMITH, Anthony D. **National Identity**. Londres, Penguin, 1991. p. 73.

além de ações com vistas a regular a manutenção dos laços entre o Estado e seus nacionais, residentes no exterior.

Pertencimento¹⁵: O Pertencimento é entendido como o grau de conexão e identificação que um indivíduo manifesta com a Sociedade, com instituições e grupos dos quais faz parte. O Pertencimento, também é usado para indicar formas específicas de relações sociais entre os indivíduos. É assim que falamos das Relações de Pertencimento, aludindo às variadas formas de troca, cooperação ou proteção que se estabelecem entre os indivíduos quando se atribuem mutuamente alguma ligação, um fim ou um Interesse Comum, uma mesma fé, uma família comum, social, cultural.

Princípios Constitucionais: “[...] princípios serão aquelas normas inscritas nos textos constitucionais destinados a estabelecer os valores fundamentais para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do Direito Positivo. [...] Os princípios constitucionais, deve-se sempre repetir, são a expressão dos valores fundamentais da Sociedade criadora do Direito. Como a Constituição não é somente um agrupamento de normas jurídicas, mas a concretização e positivação destes valores, deve haver uma harmonia fundante entre os princípios e regras, como partes que coabitam em um mesmo ordenamento, sendo que os primeiros são espécie, e as segundas, gênero desta.”¹⁶

Refugiado: Pessoa que “receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país”¹⁷

Soberania: A soberania reside radical e essencialmente na nação e, por isso, pertence exclusivamente a esta, o direito de adotar e estabelecer por meio de seus representantes a forma de governo e demais leis fundamentais que lhe pareça mais

¹⁵ O conceito usado para Pertencimento servirá também para Pertença e Sentimento de Pertencimento, no âmbito deste trabalho.

¹⁶ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2003. p.101-102.

¹⁷ Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, art.º 1.º - A, n.º 2, de 1951, com as alterações introduzidas pelo Protocolo de 1967.

conveniente para sua conservação e maior prosperidade, modificando-as ou alterando-as segundo o que melhor lhe convier¹⁸

Supranacionalidade: É a delegação de poderes ou de competências soberanas, pela qual os Estados membros, livremente e por um ato de soberania, delegam aos órgãos comunitários poderes constitucionais para legislar sobre determinada matéria. É importante destacar que delegação, ao contrário de transferência, é temporária, decorrente de tratado internacional, podendo os Estados em momento posterior reaverem os poderes delegados caso venham a denunciar o tratado.¹⁹

Transconstitucionalismo: “[...] é o entrelaçamento das ordens estatais internacionais, supranacionais, transnacionais e locais no âmbito do sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, a partir do qual se tem desenvolvido o transconstitucionalismo da sociedade mundial.”²⁰

Transnacionalidade: Processo no qual os imigrantes criam e mantêm relações multidimensionais sociais que enlaçam suas sociedades de origem e de destinação.²¹

¹⁸ TENA, Ramírez. **Leyes Fundamentales de Mexico: 1808-1957.** Porrúa, 1957. p. 154.

¹⁹ GOMES, Eduardo Biacchi. **União Européia e Mercosul - Supranacionalidade versus Intergovernabilidade.** In: Wagner Menezes. (Org.). *Direito Internacional no Cenário Contemporâneo.* Curitiba: Juruá, 2003, v. I, p. 141-166. p. 151.

²⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 34.

²¹ BASCH, Linda; SCHILLER, Nina Glick; BLANC, Christina Szanton. **Nations unbound:** transnational projects, postcolonial predicaments, and deterritorialized nation-states. Langhorne: Gordon and Breach, 1994. p. 7.

SUMÁRIO

RESUMO.....	XV
RIASSUNTO	XVI
ABSTRACT.....	XVII
INTRODUÇÃO	18
Capítulo 1	28
SOBERANIA ESTATAL E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS	28
1.1 SOBERANIA ESTATAL	28
1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS ...	43
1.2.1 Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos	57
1.2.2 Princípio da Igualdade entre os Estados	64
Capítulo 2.....	68
CONSTITUCIONALISMO E A CRISE TEÓRICA DO ESTADO ANTE O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO E A TRANSNACIONALIDADE	68
2.1 A IMPORTÂNCIA DO CONSTITUCIONALISMO	68
2.2 SUPRANACIONALIDADE E CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL	77
2.3 O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO E A TRANSNACIONALIDADE.....	89
Capítulo 3.....	99
NACIONALISMO E CIDADANIA	99
3.1 OS ASPECTOS DO NACIONALISMO	99
3.2 ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS DA CIDADANIA.....	110
3.3 A INFLUÊNCIA DA PERCEPÇÃO DO PERTENCIMENTO	125
Capítulo 4.....	134
DEMOCRACIA E MIGRAÇÃO	134

4.1 DEMOCRACIA COMO ELEMENTO DE INTEGRAÇÃO.....	134
4.2 A DIMENSÃO DA DEMOCRACIA PARA OS IMIGRANTES.....	148
4.3 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PARA IMIGRANTES E O IMPACTO SOCIAL NO BRASIL.....	164
Capítulo 5.....	170
SOBERANIA E MIGRAÇÃO.....	170
5.1 A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA ESTATAL E DAS FRONTEIRAS ESTABELECIDAS EM SEU TERRITÓRIO.....	170
5.2 A EVOLUÇÃO PARA O TRANSCONSTITUCIONALISMO.....	184
5.3 POR UM CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL.....	190
Capítulo 6.....	203
CONSTITUCIONALISMO E MIGRAÇÕES TRANSNACIONAIS	203
6.1 EFETIVAÇÃO DE NORMAS REGULAMENTADORAS PARA O DIREITO DE MIGRAÇÃO DO REFUGIADO EM ÂMBITO TRANSNACIONAL: O EXEMPLO DA UNIÃO EUROPEIA.....	203
6.2 ÓRGÃOS JURISDICIONAIS TRANSNACIONAIS.....	216
6.3 A POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE ÓRGÃO JURISDICIONAL TRANSNACIONAL PARA OS DIREITOS DE MIGRAÇÃO E REFUGIADOS..	226
CONCLUSÕES.....	246
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	257

RESUMO

A presente Tese de Doutorado apresentada junto ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI está inserida na Área de Concentração Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito e na linha de pesquisa Principiologia Constitucional e Política do Direito, sendo fruto de pesquisas realizadas em dupla titulação com o Dottorado di Ricerca in Giurisprudenza da Universidade de Perugia – UNIPG, na Itália. Além do convênio entre as Universidades citadas, é necessário destacar o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, através do Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior – PDSE/CAPES. Para sua melhor organização e estruturação, a Tese está dividida em seis capítulos. Em seu primeiro capítulo, procura-se investigar, a Soberania Estatal, através de sua conceituação e evolução histórica, para principiar um possível debate sobre sua essencialidade para as ações jurídicas e políticas Estatais na atualidade, como também, os Princípios Constitucionais do Estado e a repercussão deste nas Relações Internacionais e conseqüente impactos na Soberania Estatal e na ordem Constitucional interna. No capítulo segundo, objetiva-se apresentar na pesquisa, o que se entende por Constitucionalismo, a influência da Supranacionalidade nas decisões jurídicas e políticas em nível internacional e sua interferência no Poder Soberano do Estado, aduzindo à possibilidade do Constitucionalismo Multinível, como também a interferência do Fenômeno da Globalização e conseqüências nas questões de ordem Transnacional. Para o terceiro capítulo, pretende-se tratar dos aspectos do Nacionalismo e as implicações em seu reconhecimento, como também a importância da Cidadania, mais especialmente ao estrangeiro e ao Refugiado. No quarto capítulo objetivou-se tratar da Democracia como elemento de integração, especialmente para o Refugiado, e a possibilidade de futura participação política no Estado receptor desse imigrante. No capítulo quinto, apresentam-se os motivos que levam ao questionamento sobre a possibilidade de relativização da Soberania do Estado-Nação motivando a perspectivas de evolução do Transconstitucionalismo, para que os direitos humanos possam alcançar o maior número de pessoas em esfera mundial e, mais especialmente, no caso desta pesquisa, os migrantes internacionais. Ao final, no capítulo seis, busca-se destacar a possibilidade de construção de um Constitucionalismo Transnacional com o objetivo de salvaguardar normas jurídicas preciosas ao reconhecimento e manutenção de direitos do homem e do cidadão. Tal iniciativa pretende demonstrar, através da investigação ora apresentada, a possibilidade ou não de criação de Órgãos Jurisdicionais Transnacionais para o Direito do Refugiado.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Transnacionalidade; Migrações.

RIASSUNTO

La presente Tesi di Dottorato ora presentata insieme al Corso di Dottorato in Scienza Giuridica dell'Università di Vale do Itajaí – UNIVALI è inserita nell'Area di Concentrazione "Costituzionalismo, Transnazionalità e Produzione del Diritto" e nella Linea di Ricerca "Principi Costituzionali e Politica del Diritto", come frutto di ricerche realizzate in Titolo Congiunto con il *Dottorato di Ricerca in Giurisprudenza* dell'Università di Perugia – UNIPG, in Italia. Oltre all'accordo tra le Università citate, è necessario dare distacco all'appoggio avuto da parte del Coordinamento di Perfezionamento del Personale di Livello Superiore– CAPES, attraverso il Programma di Dottorato Sandwich all'Estero – PDSE/CAPES. Per una migliore organizzazione della sua struttura, la Tesi sarà divisa in sei capitoli. Nel primo capitolo si desidera indagare sulla Sovranità Statale, attraverso la sua concettualizzazione ed evoluzione storica, per iniziare un possibile dibattito sulla sua essenzialità per le azioni giuridiche e politiche Statali nell'attualità, così come i Principi Costituzionali dello Stato e la loro ripercussione nelle Relazioni Internazionali e il conseguente impatto sulla Sovranità Statale e sull'ordinamento costituzionale interno. Nel secondo capitolo, l'obiettivo è presentare nella ricerca ciò che si intende per Costituzionalismo, l'influenza della Sopranazionalità nelle decisioni giuridiche e politiche a livello internazionale e la sua interferenza sul Potere Sovrano dello Stato, aggiungendo la possibilità del costituzionalismo multilivello, così come l'interferenza del fenomeno della Globalizzazione e le conseguenze nelle questioni di ordine Transnazionale. Nel terzo capitolo si pretendono trattare gli aspetti del Nazionalismo e le implicazioni del suo riconoscimento, così come l'importanza della Cittadinanza, in particolar modo per lo straniero ed il rifugiato. Nel quarto capitolo si pretende affrontare il tema della Democrazia come elemento di integrazione, specialmente per il Rifugiato, e la possibilità di una futura partecipazione politica nello Stato che riceve questo immigrato. Nel quinto capitolo vengono presentati i motivi che portano a discutere sulla possibilità di relativizzare la Sovranità dello Stato-Nazione, motivando le prospettive di evoluzione del Transcostituzionalismo, affinché i diritti umani possano raggiungere il maggior numero di persone in ambito mondiale e, soprattutto, nel caso di questa ricerca, i migranti internazionali. Infine, nel sesto capitolo, si vuole distaccare la possibilità di costruire un Costituzionalismo Transnazionale con l'obiettivo di salvaguardare norme giuridiche preziose per riconoscere e mantenere in essere i diritti dell'uomo e del cittadino. Tale iniziativa pretende dimostrare, attraverso l'indagine ora presentata, la possibilità o meno di creazione di Organi Giurisdizionali per il Diritto del Rifugiato.

Parole-chiave: Costituzionalismo; Transnazionalità; Migrazioni.

ABSTRACT

This Doctoral Thesis was submitted to the Doctoral Course in Legal Science of the University of Vale do Itajaí - UNIVALI and is inserted in the Area of Constitutionalism, Transnationality and Production of Law, in the research line Constitutional Principles and Policy of Law, being the result of studies carried out in double degree with the Dottorado di Ricerca in Giurisprudenza of the University of Perugia - UNIPG, in Italy. In addition to the agreement between the two universities, it is necessary to highlight the support of the Coordination for the Improvement of Higher Education Personnel - CAPES, through the Sandwich Scholarship Program Abroad - PDSE / CAPES. For better organization and structuring, the thesis is divided into six chapters. In its first chapter, it seeks to investigate State Sovereignty, using its concept and historical evolution, to trigger a debate on its essentiality for the current State's legal and political actions, as well as the Constitutional Principles of the State, their repercussions on International Relations and their consequent impacts on State Sovereignty and on the internal Constitutional order. In the second chapter, the objective is to present what is understood by Constitutionalism, the influence of Supranationality in legal and political decisions at international level and their interference in the Sovereignty of the State, adding to the possibility of multilevel constitutionalism, as well as interference of the Globalization Phenomenon and consequences on Transnational issues. For the third chapter, we deal with the aspects of Nationalism and the implications for its recognition, as well as the importance of Citizenship, especially to the foreigner and the Refugee. In the fourth chapter, the objective was to deal with Democracy as an element of integration, especially for the Refugee, and the possibility of future political participation in the receiving State of this immigrant. In the fifth chapter, the reasons that lead to the questioning of the possibility of relativization of Sovereignty of the Nation-State are presented, motivating the evolutionary perspectives of Transconstitutionalism, so that human rights can reach the largest number of people in the world, and particularly in the case of this study, international migrants. Finally, in chapter six, we highlight the possibility of constructing a Transnational Constitutionalism with the objective of safeguarding precious juridical norms for the recognition and maintenance of the rights of man and of the citizen. This initiative aims to demonstrate, through the study presented here, the possibility of creating Transnational Jurisdictional Bodies for the Refugee Legislation.

Keywords: Constitutionalism; Transnationality; Migrations.

INTRODUÇÃO

A proposta que ora se apresenta justifica-se pela pretensa iniciativa para desenvolver pesquisa em âmbito Constitucional, direcionado ao enfrentamento do Estado com as rupturas ocorridas em função de sua evolução histórica, econômica e social e as implicações em sua hegemonia.

Buscar-se-á apresentar alguns estudos sobre as normativas Constitucionais e suas garantias bem como sua influência evolutiva na organização e governabilidade Estatal, em função do desenvolvimento político e econômico do Estado. Tratar-se-á também dos fundamentos de sustentação da Soberania do Estado em razão da perda do controle Estatal sobre suas fronteiras, e a necessidade de criação de um Órgão Transnacional, que possa atender às necessidades Supranacionais já evidentes, ocupando-se do fortalecimento do Sistema Jurídico-Político Internacional e a evolução do Constitucionalismo e a Crise Teórica do Estado ante o Fenômeno da Globalização.

De tal forma, buscar-se-á observar a influência da Globalização e os aspectos da mobilidade social, como também a verificação de uma Transnacionalização econômica como consequência da Globalização. Apresentar-se-ão também alguns aspectos da pós-modernidade e das mudanças trazidas no contexto mundial, como a redução do poder do Estado e a perspectiva da Transnacionalidade, envolvendo o que é comum a vários países com um objetivo de bem-estar da Sociedade contemporânea e futura, observando de que maneira estas questões estariam provocando as Migrações Transnacionais.

Com o advento das Migrações em âmbito internacional, os ordenamentos jurídicos internacionais encontram-se cada vez mais comprometidos com a preocupação da garantia dos Direitos Humanos, mesmo observando a possibilidade de redução de sua Soberania Nacional. Pretende-se, assim, observar quais os critérios utilizados na atualidade para Concessão de Refúgio aos Imigrantes na União Europeia e no Brasil, considerando a reunificação familiar como garantia de

Direitos Humanos aos Imigrantes e consolidação de seus direitos fundamentais no estrangeiro.

Como base dos estudos, utilizar-se-á para a pesquisa a Declaração Europeia de Direitos Humanos e normativas pertinentes, no caso da União Europeia, e a Constituição da República Federativa do Brasil e demais normas relacionadas no caso do Brasil. De tal modo, torna-se essencial analisar a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a ausência de força jurídica coercitiva para discutir a possibilidade de criação de sanções aos Estados receptores de Imigrantes na contemporaneidade, signatários da referida Declaração.

Para analisar os Direitos Humanos relacionados à situação dos imigrantes no Brasil e na União Europeia, torna-se essencial analisar questões de ordem Multicultural relacionadas ao Direito dos Imigrantes, seus Direitos Culturais e direito à diferença, como também o Direito de Imigrar e a de ter direitos, principalmente relacionados ao Direito de identidade.

Em se tratando de uma pesquisa relacionada aos Direitos Constitucionais aliados à Imigração, faz-se necessário pesquisar e trazer à discussão categorias essenciais para esse entendimento como Cidadania, Nação e Nacionalidade, de forma a embasar as discussões teóricas e jurídicas relacionadas ao Princípio da Autodeterminação Nacional e Direito à Nacionalidade, verificando quais são considerados Direitos do cidadão e quais seriam os Direitos do indivíduo não cidadão, para se introduzir a discussão acerca da Cidadania Transnacional.

Ante à possibilidade de juridicização da Cidadania Transnacional, surge a necessidade de investigar o Estado e as Políticas de Migração sob o aspecto de observar quais as garantias constitucionais existentes de Direitos Individuais em relação às prerrogativas do Estado. A partir desse momento, surge a necessidade de investigar a necessidade de efetivação de normas regulamentadoras para o Direito de Migração em Âmbito Transnacional, como a possibilidade de criação de Órgãos Jurisdicionais Transnacionais para o Direito de Migração, com efeitos sancionatórios aos Estados-membros.

Deve-se registrar que o acesso à doutrina e à jurisprudência italiana e da Comunidade Europeia foram essenciais para o desenvolvimento da presente investigação, pois possibilitou-se uma investigação mais ampla sobre o direito de integração e da efetivação de Órgãos Jurisdicionais Transnacionais, como pode ser considerado a Corte de Justiça da União Europeia (no âmbito da União Europeia), para a decisão e aplicação de jurisprudências relativas aos casos de direitos de migração na União Europeia e de que forma tal atuação e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais poderão contribuir para reflexões de normativas e decisões jurisprudenciais em âmbito brasileiro.

O presente trabalho tem como objetivo geral pesquisar normas jurídicas aplicáveis ao Direito Constitucional relacionado ao Direito Migratório com a possibilidade de Efetivação de Normas Regulamentadoras para o Direito de Migração em Âmbito Transnacional e de criação de Órgãos Jurisdicionais Transnacionais para o Direito de Migração com efeito sancionatório aos Estados--membros.

Para tanto, pode-se observar que a Sociedade Contemporânea tem sido influenciada por importantes mudanças no seu desenvolvimento, seja nos aspectos cultural e sociológico quanto na influência desses no ordenamento jurídico brasileiro e em composições jurídicas internacionais, através de tratados e convenções que interferem diretamente no modo de vida do indivíduo pós-moderno.

De tal forma é a influência do Direito na organização social e exigência do cumprimento e aplicação da norma, através do poder coercitivo do Estado, com o intuito de manter a ordem pública e a pacificação entre os conviventes na atual Sociedade que muitos dos esforços do Estado nessa postura protetiva nacional não conseguiram ainda alcançar as nuances modificativas na composição da população que está sob sua tutela jurídica.

Tais transformações populacionais se devem muito aos movimentos migratórios ocorridos em toda a história da humanidade. Assim sendo, com o fenômeno da globalização e com a expansão da utilização da rede mundial de computadores, as distâncias tornaram-se menores e as informações reproduzem-se

de forma mais rápida, permitindo ao ser humano mais acesso e contato com outras culturas e modos de vida.

Essas mudanças ocorridas a partir do final do último século permitiram uma possibilidade maior de mobilidade, fazendo com que raças e culturas diferentes começassem a coexistir em um mesmo território, sob as mesmas normativas jurídicas, ou seja, sob o abrigo de uma mesma Constituição.

Sob esse enfoque, pode-se entender que as leis existentes no mundo contemporâneo, mesmo no Ocidente, não estão conseguindo acompanhar com a mesma velocidade tais mudanças em suas Sociedades, bem como a necessidade de regulamentação jurídica que tais mudanças exigem.

De tal forma, procurou-se realizar, através deste trabalho, uma pesquisa direcionada ao estudo das normativas Constitucionais e demais normas pertinentes, focando principalmente nas normas jurídicas brasileiras e da União Europeia, protetivas à situação do imigrante e do cidadão de origem do país receptor do imigrante para buscar alternativas apaziguadoras e garantidoras de direitos fundamentais para tentar dirimir os conflitos existentes.

Sob tal perspectiva, entende-se que o trabalho poderá auxiliar na promoção do ensino, formação e aprendizagem de profissionais atuantes na área de Migrações, apresentando possíveis disposições que possam ajudar no desenvolvimento de Políticas Públicas Migratórias.

Além de apresentar como finalidade a ampliação da discussão sobre processo de integração entre países como Brasil e Itália, que estão passando por um novo processo multicultural de recepção de imigrantes, buscando propor documentos de parcerias que possam contribuir para o desenvolvimento político, social e cultural das pessoas que serão diretamente abrangidas por propostas de seguranças jurídicas em âmbito Nacional e Transnacional, que venham proporcionar maior integração entre as pessoas que vivam em um mesmo território nacional mas com diversidade de origem.

Com a intensificação da mobilidade de pessoas em âmbito internacional em todo mundo nos séculos XX e XXI, que atingiu também o Brasil e de forma mais ativa nos últimos anos, especialmente com relação à estabilidade econômica que o país conseguiu atingir antes da crise ora instaurada, serviu como base de auxílio de Refugiados ambientais do Haiti, por conta dos desastres ambientais ocorridos e refugiados de outros países como Venezuela e Síria por razão da grave e generalizada violação de direitos humanos.

Em virtude dessas questões de mobilidades de estrangeiros que procuram abrigo no Brasil, o país, já na segunda metade do século XX, atentou para a necessidade de participar de convenções internacionais que tratam da proteção do estrangeiro no país e de normas internas protetivas para a recepção de estrangeiros no Brasil, observando os diversos motivos existentes para sua busca de uma nova cidadania brasileira ou de abrigo protetivo em função do seu alto grau de necessidade.

Tanto é assim que o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e do Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967, que instituem, com base na Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada em 10 de dezembro de 1948, proteção aos Refugiados no território onde buscarem abrigo. O Brasil integra ainda o Comitê Executivo do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - ACNUR desde 1958 e, em 1997, definiu mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados (Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997), tipificando-o em seu artigo 1º o Refugiado para o Estado nacional.

A legislação brasileira, preocupada em identificar e, posteriormente, amparar o refugiado e ainda oferecer oportunidades de trabalho e residência para que possa atender às mínimas necessidades consideradas como básicas à dignidade da pessoa humana, permite-nos verificar que o Brasil se preocupa com seu desenvolvimento, percebendo que, através da recepção do estrangeiro em seu território, pode permitir o desenvolvimento de novas comunidades culturais que permitirão o crescimento e integração de novos conhecimentos, técnicas e idiomas que poderão influenciar o Brasil positivamente em dois aspectos: social e econômico.

No âmbito social, poderá haver a troca de experiências de técnicas e desenvolvimento de trabalhos, que poderão auxiliar nas atividades realizadas em nosso país. Existe ainda a possibilidade da integração e conhecimento de novos idiomas e culturas relacionadas à gastronomia e melhor utilização dos alimentos, estilo de vida, como exemplos.

No campo econômico, poderá oportunizar aos imigrantes que pretendam instalar-se no Brasil a opção de trabalhar em nossas terras, auxiliando na troca de experiências de trabalhos e no desenvolvimento do país, como também garantir a tutela jurídica trabalhista aos trabalhadores imigrantes no Brasil, possibilitando o crescimento econômico do país.

Entende-se que, ao recepcionar estrangeiros no Brasil, por motivos diversos, se estarão amparando famílias que procuram auxílio para iniciar uma nova vida em que garantias e direitos fundamentais sejam observados e respeitados. Isso traz um grau de confiabilidade jurídica ao país, permitindo seu destaque internacional sobre a legislação relacionada ao tema, como também permitirá que, juntamente com esses novos indivíduos, cresça também o país em arte, cultura, tecnologia e economia, buscando um desenvolvimento conjunto e coparticipativo, que seja, talvez, a nova convergência para o bem estar social em nível mundial.

Torna-se importante esclarecer que o objeto de estudo deste trabalho é a pessoa Migrante, reduzindo o foco da pesquisa de forma especial, ao Refugiado. Tal delimitação faz-se necessário para que seja possível observar que se tem a intenção de discutir o Direito do Migrante de modo geral mas, não será possível no presente trabalho, devido à complexidade da categoria Migrante, como podemos destacar a seguir:

- Refugiado: pessoa fora de seu país que não pode retornar por causa de perseguição por motivo de raça, religião, nacionalidade, por pertencer a um grupo social ou por opiniões políticas. Dentre as classificações de Refugiados, podemos relacionar:
 - Refugiados políticos: pessoas que fogem devido a perseguições por motivos políticos em seus países.

- Refugiados Religiosos: pessoas que fogem de seus países devido a perseguições por causa das suas crenças religiosas.
 - Refugiados de guerras: pessoas que fogem devido as guerras que assolam seus países.
 - Refugiados étnicos: pessoas que fogem devido a perseguições ou massacres devido sua etnia de nascença por parte de outra etnia rival ou majoritaria.
 - Refugiados ambientais: nova classe de refugiados que, devido ao aquecimento global e às mudanças climáticas, está obrigando populações a fugir de seu país de origem para outros países.
- Deslocado interno: pessoa que, em virtude de conflito armado, violência generalizada, violações a direitos humanos ou desastres, é forçada a deixar o local de residência, mas permanece em seu país.
 - Solicitante de asilo: pessoa que pediu proteção internacional e aguarda a concessão de status de refugiado.
 - Apátridas: são todos os homens e mulheres (incluindo idosos, jovens e crianças) que não possuem vínculo de nacionalidade com qualquer Estado, seja porque a legislação interna não os reconhece como nacional, seja porque não há um consenso sobre qual Estado deve reconhecer a cidadania dessas pessoas.

Sendo assim, cabe-nos registrar que o objeto principal da presente pesquisa está delimitado no estudo de proteção ao Refugiado (incluídas as subcategorias existentes) para que seja possível divisar a extensão e abrangência dos estudos que ora se apresentam. O Migrante está presente, como gênero porém, o elemento principal encontra-se objetivado na categoria Refugiado.

Para tanto, apresenta-se como perspectiva original da presente pesquisa a possibilidade de criação de Órgão Jurisdicional Transnacional para os

Direitos de Migração, inédito atualmente em nível internacional, com o entendimento de dirimir as inobservâncias dos direitos humanos, aplicados aos direitos de migração, que são praticadas por diversos países, com legalidade coercitiva para imposição de sanções aos governos dos Estados Nacionais que transgridam tais direitos.

O Método utilizado na fase de Investigação foi o indutivo; na fase de tratamento e resultado dos dados foi o dedutivo.

Para a etapa da revisão bibliográfica, foi realizado um levantamento do material disponível na área de estudos, tanto impresso como digital, e em outras fontes, e definidos critérios junto com o orientador para a escolha da bibliografia consultada.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica, bem como outras que atenderam aos parâmetros do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

O problema identificado no desenvolvimento da pesquisa foi sobre a possibilidade de criação de Órgão Jurisdicional Transnacional para os Direitos de Migração, objetivando dirimir as inobservâncias dos direitos humanos, aplicados aos direitos de migração, que são praticadas por diversos países, com legitimidade coercitiva para aplicação de sanções aos governos dos Estados Nacionais que transgridam tais direitos. Para o equacionamento do problema, são levantadas as seguintes hipóteses:

a) Poderão ser observadas, através do ordenamento jurídico, da doutrina e jurisprudências vinculadas ao tema do Direito de Migração para o Refugiado em âmbito Transnacional, quais normativas estão interferindo diretamente nas políticas públicas dos Estados-nação para a redução de transgressões de direitos humanos e garantias de direitos individuais ao estrangeiro que, temporária ou permanentemente, decide viver em outro Estado que não o seu de origem. Tal observância normativa seria realizada por órgão jurisdicional Transnacional.

b) Haverá possibilidade de relativização da Soberania Estatal em nível mundial em razão do questionamento de que os direitos e deveres estabelecidos nas constituições nacionais, bem como as políticas socioeconômicas adotadas pelos Estados Soberanos, estão à mercê de interferências externas tanto de ordem econômica quanto de ordem jurídica.

Nesse diapasão, a pesquisa realizada serviu para apresentar propostas à reflexão sobre a necessidade e/ou possibilidade de um Constitucionalismo Transnacional, especialmente ligado ao direito de Migrações Internacionais, que vêm ocupando a agenda de diversos países na atualidade, especialmente os da Europa Ocidental. Para tanto, a pesquisa aparece dividida em seis capítulos, a seguir especificados.

No primeiro capítulo, procurou-se investigar, na primeira parte, a Soberania Estatal, através de sua conceituação e evolução histórica, para principiar um possível debate sobre sua essencialidade para as ações jurídicas e políticas Estatais na atualidade. Na segunda parte, buscou-se pesquisar os Princípios Constitucionais do Estado e a repercussão nas Relações Internacionais, por meio dos Princípios Constitucionais de Relações Internacionais e seus impactos na Soberania do Estado e na ordem Constitucional interna.

No capítulo segundo, foi possível apresentar o que se entende por Constitucionalismo, a influência da Supranacionalidade nas decisões jurídicas e políticas em nível internacional e sua interferência no Poder Soberano do Estado, aduzindo à possibilidade do Constitucionalismo Multinível, como também a interferência do Fenômeno da Globalização e consequências nas questões de ordem Transnacional.

Para o terceiro capítulo, foi possível tratar dos aspectos do Nacionalismo e as implicações em seu reconhecimento, como também a importância da cidadania, mais especificamente ao estrangeiro, como forma de permissividade de participação efetiva na Sociedade na qual está inserido. Para tanto, observou-se a necessidade de buscar elementos de identificação para que o Pertencimento do estrangeiro seja reconhecido e aceito, primeiro socialmente, para, posteriormente, utilizar-se

ferramentas de preceitos jurídicos que possam alicerçar tal percepção de pertencimento.

No quarto capítulo, foi possível observar a Democracia como elemento de integração, especialmente para o Imigrante estrangeiro, e a possibilidade de futura participação política no Estado receptor desse Imigrante.

No capítulo quinto, buscou-se apresentar os motivos que levam ao questionamento sobre a possibilidade de relativização da Soberania do Estado-nação, motivando a perspectivas de evolução do Transconstitucionalismo, para que os direitos humanos possam alcançar o maior número de pessoas em esfera mundial e, mais especialmente, no caso desta pesquisa, os Migrantes Internacionais.

Ao final, o capítulo seis dedicou-se a destacar a possibilidade de construção de um Constitucionalismo Transnacional com o objetivo de salvaguardar normas jurídicas preciosas ao reconhecimento e manutenção de direitos do homem e do cidadão. Tal iniciativa pretendeu demonstrar, através da investigação ora apresentada, se existe ou não a possibilidade de criação de Órgãos Jurisdicionais Transnacionais para o Direito de Migração.

Capítulo 1

SOBERANIA ESTATAL E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

1.1 SOBERANIA ESTATAL

Na concepção contemporânea, pode-se entender a Soberania exercida pelo Estado como poder permitido pelo povo do Estado Democrático de Direito, o qual desempenha sua competência jurídica e política por meio do poder de dominação e imposição, enquanto poder coercitivo, através da legitimidade atribuída por esse mesmo povo que, ao reconhecer esse Poder Soberano, transfere sua permissibilidade para que possa ser representado democraticamente.

Esse entendimento foi construído com o passar do tempo e, por forte influência das Revoluções Francesa e Americana, resultou no estabelecimento das Constituições Francesa e Americana e que serviram como base para o desenvolvimento das concepções jurídicas constitucionais modernas.

No fim da Idade Média, na batalha da burguesia contra a monarquia absoluta, que culminou na Revolução Francesa, a ideia da Soberania Popular iria exercer forte predomínio, em direção ao sentido de Soberania Nacional, idealizando-se a nação como o próprio povo numa ordem única. A partir do início do século XIX, a noção de soberania passa a ser percebida como exteriorização de poder político, principalmente porque seria do interesse das grandes potências, compelidas a realizar a ocupação de novos territórios, conservar sua imunidade a respeito de qualquer limitação jurídica.

Todavia, a partir da metade do século, surge na Alemanha a teoria da personalidade jurídica do Estado, que seria notado como o verdadeiro titular da Soberania. Então, no século XX, a Soberania passa a ser entendida como

característica fundamental da formação do Estado, evoluindo-se para uma teoria jurídica vinculada ao direito público.²²

O desenvolvimento do conceito de Soberania e sua característica intrínseca ao Estado vai ocorrendo, historicamente, a partir do século XVI, com Jean Bodin, considerado o primeiro autor a realizar uma reflexão política e sistêmica com relação à questão da soberania. Jean Bodin é seguido por Thomas Hobbes no que se refere à identificação do absolutismo como premissa para a manutenção da ordem no Estado, mas com vertentes diferenciadas em relação aos assuntos religiosos e à vinculação da Igreja com o Estado na época.

Passando em seguida pela percepção de Estado Soberano do contratualista Jean Jacques Rousseau, seguimos até a contemporaneidade com Norberto Bobbio e Dalmo de Abreu Dallari para realizar um estudo que possa tentar evidenciar a importância da Soberania para a formação e manutenção da estrutura do Estado. Além dos já mencionados, outros autores de igual relevância integrar-se-ão à pesquisa para melhor embasamento teórico do tema.

Inicialmente, parece importante resgatar que a soberania deveria ser considerada, na concepção de Jean Bodin, como o poder absoluto e perpétuo de uma República, permitindo que essa premissa auxiliasse na construção do conceito de soberania que permitiu, primeiramente, a identificação do Estado como o sujeito da política moderna e, em segundo plano, a distinção desse Estado de todas as formas anteriores de organização política e de poder público.

Com tais características, o poder soberano para Bodin²³ seria indivisível, uma vez que a fonte e origem da soberania é única e exclusiva. O absolutismo apresenta-se, assim, como um absolutismo monárquico hereditário, no qual o poder de Deus é concedido ao monarca, que se torna representante do Divino na Terra. Em seu entendimento, consideram-se as ações do poder soberano como o único com

²² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 32.

²³ BODIN, Jean. **Os Seis Livros a República** - livro primeiro. Tradução: José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011. p. 327.

competência para criar e definir leis, sem necessariamente ter de se submeter a elas, podendo ainda tal poder soberano ser substabelecido pelo próprio soberano a um corpo administrativo ou a outro órgão com competência específica.

Destarte, existiria uma divisão jurídico-política entre Estado e Governo. O Estado estaria definido como o corpo político e condutor do monopólio de exercício do poder, e o governo definido como o corpo político encarregado pelo exercício, em termos materiais, da vontade do soberano. De tal modo, Bodin²⁴ havia estabelecido que

[...] a República sem poder soberano, que une todos os membros e partes desta e todos os lares e colégios num corpo, não é mais República. [...] o povo pode ser espalhado por muitos lugares ou de todo extinto, ao passo que a cidade persiste por inteiro. Isso porque não é a cidade nem as pessoas que fazem a cidadade, mas a união de um povo sob uma senhoria soberana, [...]

Sendo assim, é o Estado quem detém a supremacia do poder, o princípio da *summa potestas*, pois se reconhece a subjetividade do Estado e a relação dos governantes que atuam em nome do Estado.

Já o inglês Thomas Hobbes defende o absolutismo, mas não reconhece o direito divino. Hobbes acreditava plenamente no absolutismo, ou seja, num governo de poder absoluto do soberano, percebendo que a soberania está sempre contígua ao Poder Supremo, asseverando que o poder do soberano está acima de tudo e de todos. A caracterização de soberania do Estado moderno se estabelecia numa espécie de poder comum que possuía uma configuração política, de forma natural e instituída na ideia de Sociedade organizada, mas também subjetiva, e materializa-se por meio de um governo formado por um homem (rei/rainha) ou por uma assembleia de homens.

²⁴ BODIN, Jean. **Os Seis Livros a República** - livro primeiro. p. 83

Na concepção Hobbesiana, o pacto da Sociedade com seu representante soberano seria “um Pacto de cada homem com todos os homens”²⁵, deixando claro sua percepção de que o poder absoluto exercido pelo soberano está evidenciado e seria utilizado por meio da representação que esse soberano exerce sobre seus súditos, não havendo, portanto, qualquer interferência ou representatividade divina ou religiosa. De tal modo, não seria admitido um pacto com Deus, pois se tratava de um ato exclusivo e especificamente humano.

De tal feita, o arbítrio do soberano é a intenção de todos os seus súditos, pois estes têm seus anseios manifestados através da voz, das ações e das leis instituídas pelo soberano. Por esse motivo, não haveria a possibilidade de o soberano cometer atos de injustiça.

Sendo assim, o princípio da representação limita as ações dos súditos, mas não as do soberano, que, na condição de representante de uma população, possui liberdade de ação ilimitada. Tal condição estabelece ao soberano que, quando suas ações estiverem delimitadas para a finalidade de defesa da vida de seus súditos e a busca pela paz e pela ordem do Estado, não serão impostas limitações de poder, pois é por meio do poder de representante que o soberano atingirá a vontade dos súditos.

Com efeito, Hobbes²⁶ estabelece como definição de Estado:

Uma pessoa instituída, pelos atos de uma grande Multidão, mediante Pactos recíprocos uns com os outros como Autora, de modo a poder usar a força e os meios de todos, da maneira que achar conveniente, para assegurar a Paz e a Defesa Comum. O titular dessa pessoa chama-se SOBERANO, e se diz que possui Poder Soberano.

Na concepção do contratualista Jean-Jacques Rousseau, a base da ordem social se sobrepõe ao direito natural, pois estaria convencionada no pacto social, através da vontade geral que seria transferida ao Estado, o qual materializaria

²⁵ HOBBS, Thomas. **Leviatã** - ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de Rosina D'Angina. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2014. p. 126.

²⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã** - ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. p. 126.

tal vontade enquanto representante da Soberania emprestada pelo povo. Sendo assim, esclareceu Rousseau a respeito da Soberania:

Se o Estado ou a cidade só constitui uma pessoa moral, cuja vida consiste na união de seus membros, e se o mais importante de seus cuidados é o de sua própria conservação, é necessária uma força universal e compulsória para mover e dispor cada uma das partes da maneira mais conveniente para o todo. Como a Natureza dá a cada homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, dá o pacto social ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, recebe, como eu disse, o nome de soberania.²⁷

Rousseau avigorava ainda que somente através da vontade geral é que o Estado teria as forças necessárias para conduzir e governar, seguindo a finalidade última enquanto instituição, que seria o bem comum.²⁸ Sendo que tal força está balizada na lei que provém da vontade geral coletiva, pois asseverava que “Não dispondo de outra força senão o poder legislativo, o soberano só atua pelas leis; e, não sendo as leis mais que atos autênticos da vontade geral, não poderia o soberano agir senão quando o povo se encontra reunido.”²⁹

O Estado teve origem com o objetivo prioritário de manutenção da ordem no âmbito de seu território e de conservar a paz, como forma de proporcionar segurança ao seu povo e proteger os domínios do Estado. Neste cenário, é inevitável não se valer da soberania como forma de demonstrar o poder instituído do Estado, estabelecido por meio de suas características da indivisibilidade, inalienabilidade e irrevogabilidade, atingindo, assim, sua ação enquanto poder absoluto. “Aquilo que

²⁷ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**: Ensaio sobre a Origem das Línguas: Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens: Discurso sobre as Ciências e as Artes. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 16.

²⁸ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**: Ensaio sobre a Origem das Línguas: Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens: Discurso sobre as Ciências e as Artes. p. 13.

²⁹ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**: Ensaio sobre a Origem das Línguas: Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens: Discurso sobre as Ciências e as Artes. p. 43.

‘Estado’ e ‘política’ têm em comum (e é inclusive a razão da sua intercambiabilidade) é a referência ao fenômeno do poder.”³⁰

Nesse caso, a formação do Estado Moderno seria o apogeu de uma passagem de monopolização que se contrapunha, por um lado, às ordens particularistas e atomísticas da entidade medieval e, por outro, às ambições universalistas do papado e do império. Tais contraposições manifestam a díade de atuação da soberania estatal, ou seja, de forma interna e externa. Internamente, nas relações entre governante e governados, ou entre governo e povo, objetivando à retirada do carácter político da Sociedade, tornando-a inativa ou inofensiva, mantendo o foco nos processos administrativos.³¹

Da mesma forma, nas relações externas, os relacionamentos políticos seriam igualmente substituídos por estratégias cada vez mais neutras e despolitizadas, que estariam sendo consolidadas no direito internacional ou no direito público. Sendo assim, pode-se considerar que o Estado Soberano conserva internamente supremacia absoluta, e externamente figura em condição igualitária com relação aos demais Estados Soberanos, uma vez que não considera legítima nenhuma instância superior à qual deva submeter-se.³²

Compreende-se, assim, que a soberania pode ser considerada como “um poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência.”³³

No entendimento de Hans Kelsen, somente uma ordem normativa pode ser “soberana”, ou seja, uma autoridade absoluta, o sustentáculo de validade das normas, as quais um indivíduo possui legitimidade para ordenar e que os outros se

³⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 76.

³¹ HERMANN, Breno. **Soberania, não intervenção e não indiferença**: reflexões sobre o discurso diplomático brasileiro. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011. p. 32.

³² HERMANN, Breno. **Soberania, não intervenção e não indiferença**: reflexões sobre o discurso diplomático brasileiro. p. 32.

³³ REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 127.

sentem obrigados a cumprir. “Dizer que o Estado é soberano significa que a ordem jurídica nacional é uma ordem acima da qual não existe nenhuma outra.”³⁴

No que se refere às características da Soberania, a grande maioria dos especialistas sobre o tema evidencia que existem quatro atributos a serem observados para seu reconhecimento. A Soberania deve ser una, indivisível, inalienável e imprescritível. Ela é una, pois é única, singular, para a qual não há parâmetros indicativos de disputa para o poder que lhe é concedido internamente. Diz-se que é indivisível, porque mesmo existindo a divisão de poderes, estes se unem para formar a unicidade da Soberania.

Podem existir, no âmbito Estatal, divisões de funções e de exercício de Poder, mas a representatividade do Estado, enquanto ser Soberano, é do Estado em si, e não dos poderes que foram divididos para controlar o exercício da Democracia. É considerada inalienável por não poder ser transferida a nenhuma pessoa natural ou jurídica, pois o detentor de sua representativa é o Estado que a utiliza em nome do povo.

A Soberania Estatal não poderá prescrever com o decorrer do tempo porque não possui prazo de validade. Caso fosse da posse de uma pessoa natural ou jurídica, quando esta deixasse de existir, a Soberania também acabaria, o que não pode ser permitido já que o Estado não possui limitações temporais, a menos que venha a ser dominado e suplantado pela Soberania de outro Estado.

Este entendimento está reforçado também por Rousseau, ao preferir que:

Digo, pois, que outra coisa não sendo a soberania senão o exercício da vontade geral, jamais se pode alienar, e que o soberano, que nada mais é senão um ser coletivo, não pode ser representado a não ser por si mesmo; é perfeitamente possível transmitir o poder, não porém a vontade.³⁵

³⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 545.

³⁵ ROUSSEAU. **Do Contrato Social**. p. 14.

Na visão de George Jellinek³⁶, o Estado seria tanto uma concepção social, na configuração de que o Estado seria o alicerce que reúne indivíduos comuns em determinado espaço territorial, exercendo domínio sobre esses indivíduos, com a finalidade de proteger a vontade coletiva; tanto quanto uma concepção jurídica, que traz o reconhecimento do Estado como sujeito de Direito que legitima o poder político e que impõe limites jurídicos criados por si no exercício de sua soberania.

Tal entendimento alude que a soberania é a base da ideia de Estado Moderno e que a teoria do uso da força para a manutenção dessa Soberania se manifesta porque o Estado é um poder natural do qual não é possível evadir-se³⁷ e sobre a qual mantem seu poder de atuação, pois o Estado, por sua natureza, é uma organização de força e de dominação³⁸. No entendimento de Jellinek, a Soberania incide sobre o Estado e não sobre a nação, interpretando o Estado numa concepção de estrutura criada para um determinado povo.

Com efeito, Jellinek via a Soberania como sendo a propriedade do poder do Estado de se autoobrigar e se autodeterminar. Chamada da teoria da autolimitação, seria o modo identificado por ele para defender a subordinação do Estado Soberano ao Direito. Desse modo, embora o Estado fosse o responsável pela formulação do Direito imperativo ao seu povo, estaria ele, também, naturalmente submisso a esse Direito, impondo-se a si mesmo a limitação do poder através da Constituição e da produção legiferante do próprio Estado.

Seria, portanto, através do ordenamento jurídico, que o Estado poderia exercer sua Soberania para o povo, pois a ausência desse ordenamento somente traria mais injustiça:

En verdad, sólo el orden jurídico, por muchos que sean sus defectos en los casos concretos y eleve a unos y a otros abata con exceso, ayude a los poderosos y desampare a los débiles, con todo ello, es la única posibilidad de una vida social garantida. La ausencia completa de él haría que fuesen totalmente distintas las relaciones

³⁶ JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Tradução de Fernando de los Rios. 2. ed. Buenos Aires: Albatros, 1970. p. 61.

³⁷ JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. p. 143.

³⁸ JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. p. 145.

naturales entre fuerzas, pero más injustas de lo que es capaz cualquier orden jurídico.³⁹

Muito embora as teorias jurídicas tenham se transformado em referência no desenvolvimento das instituições liberais do final do século XVIII, ainda não denotavam uma caracterização fidedigna do Estado, pois sua acepção seria de que o Estado ainda existiria mesmo sem organização social. De todo modo, mesmo contrário a essa concepção jurídica de Estado, Jellinek corrobora com a Teoria do Contrato, meio através do qual os Estados modernos assimilaram positivamente seu conteúdo científico, possibilitando a construção do Estado de Direito, bem como garantindo a concepção liberal para os partidos políticos, ao direito público do indivíduo e da livre economia.⁴⁰

A Soberania deve ser entendida e aceita como poder utilizado para fins jurídicos, pois se deve partir da pressuposição de que todos os atos dos Estados estão sujeitos à delimitação jurídica, tendo de tal forma como soberano o poder que irá julgar qual a regra jurídica a ser aplicada em cada caso concreto, podendo, dentro das próprias limitações jurídicas, rejeitar a juridicidade da norma. No âmbito dessa percepção, não há Estados mais fortes ou mais fracos, pois para todos a noção de direito é a mesma.⁴¹

Eis que se apresenta a delimitação territorial para estabelecer a circunscrição do poder soberano a ser empregado pelo Estado, como assevera Dalmo de Abreu Dallari:

Afirmado o poder soberano, isto significa que, dentro dos limites territoriais do Estado, tal poder é superior a todos os demais, tanto dos indivíduos quanto dos grupos sociais existentes no âmbito do Estado. E com relação aos demais Estados a afirmação de soberania tem a

³⁹ JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. p. 168. Livre tradução da autora: “Na verdade, somente o ordenamento jurídico, por muitos que sejam seus defeitos na aplicação aos casos concretos, e ele a uns e a outros abata com excesso, ajude aos poderosos e desampare aos mais fracos, com tudo isso, é a única possibilidade de uma vida social garantida. A ausência completa dele faria que fossem totalmente distintas as relações entre forças naturais, mas mais injustos do que é capaz qualquer ordenamento jurídico.”

⁴⁰ JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. p. 161.

⁴¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 32.

significação de independência, admitindo que haja outros poderes iguais, nenhum, porém, que lhe seja superior.⁴²

A esta limitação territorial sobre o exercício do poder Soberano e de sua juridicidade, deparamo-nos com a questão teórico-jurídica sobre a competência de atuação e possibilidade de diminuição ou redução desse poder Soberano em detrimento de necessidades de soluções jurídicas coletivas mais amplas, que não conseguem ser alcançadas por um único Estado, haja vista a abrangência dos problemas jurídicos emergentes que podem atingir mais de um estado concomitantemente, como é o caso das questões de ordem ambiental, terroristas e de ataques cibernéticos, por exemplo.

Já elucidava Hans Kelsen que “O poder do Estado é o poder organizado pelo Direito positivo – é o poder do Direito, ou seja, a eficácia do Direito positivo.”⁴³ Tal eficácia pode ser percebida no âmbito Estatal, mas não pode, por muitas vezes, ser abrangida fora dos limites Estatais, por ausência de normas supranacionais.

Sendo o Estado um corpo social concebido por uma ordem jurídica nacional (em contraposição a uma internacional), o Estado como pessoa jurídica personifica a Sociedade que representa ou a ordem jurídica nacional que a constitui. O Direito positivo organiza-se por meio de ordens jurídicas nacionais correlatas entre si em paralelo a uma ordem jurídica internacional. Não há direito absoluto, apenas diversos sistemas de normas jurídicas cujo âmbito de validades possui limitações semelhantes; e, concernente a isso, um múltiplo conjunto de normas conhecidas como Direito Internacional.⁴⁴

O conceito jurídico de Soberania basear-se-á na igualdade jurídica e na reciprocidade dos Estados, entendido este preceito como regra de convivência pacífica entre os Estados, de tal forma que não deve existir prevalência de um Estado

⁴² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 33.

⁴³ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. p. 274.

⁴⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. p. 262.

mais forte sobre outro considerado mais fraco, pois estaria assim configurado como ato antijurídico e violação de Soberania.⁴⁵

Para Hans Kelsen, a teoria do pluralismo jurídico é “logicamente impossível”, porque a primazia do Direito nacional é o subjetivismo do Estado.”⁴⁶ Não se estaria excluindo, em um primeiro momento, que a evolução do Direito Internacional possa encaminhar-se à Constituição de um Estado mundial. Isto quer dizer que a ordem jurídica efetivamente válida pode ser modificada, através da centralização, numa ordem jurídica nacional, cuja esfera territorial de validade coincida com a do Direito internacional efetivamente válido.⁴⁷

Para Habermas, essa percepção é cognoscível, pois a Globalização surge como um fenômeno que atinge vários Estados simultaneamente, requerendo soluções conflituosas além-fronteiras, como expõe:

A globalização do trânsito e da comunicação, da produção econômica e de seu financiamento, da transferência de tecnologia e poderio bélico, em especial dos riscos militares e ecológicos, tudo isso nos coloca em face de problemas que não se podem mais resolver no âmbito dos Estados nacionais, nem pela via habitual do acordo entre Estados soberanos.⁴⁸

Não sendo uma conclusão suprema, tudo indica que prosseguirá o direcionamento para a diminuição da Soberania de Estados nacionais, o que fará necessária uma readaptação e aumento das capacidades de ação política em um plano supranacional que se encontra ainda em fase rudimentar. Na Europa, na América do Norte e na Ásia, já estão tomando forma novas organizações de ordem supraestatal, objetivando à sistematização de “regimes” continentais, que poderiam

⁴⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 34.

⁴⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. p. 549.

⁴⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. p. 464.

⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 123.

quicá compartilhar ou emprestar sua infraestrutura para as Nações Unidas, considerada hoje ainda ineficaz para as ações as quais é chamada a participar.⁴⁹

Para a consolidação do Poder Soberano do Estado perante os outros Estados, é importante ressaltar a necessidade de uma consistência jurídica e política para poder orquestrar e dominar as forças existentes internamente, com o intuito de demonstrar competência e capacidade de manter a ordem internamente e se impor juridicamente à obtenção de respeito político e jurídico ante os Estados com os quais irá relacionar-se e realizar tratativas de interesses coletivos para seu povo.

De tal forma, só se entende Soberano o Estado que consegue manter o equilíbrio e a ordem no seu interior e proteger efetivamente suas fronteiras. Esta Soberania interna implica a competência para impor a ordem jurídica estatal. Já a Soberania externa implica a competência de autoafirmação ante à rivalidade “anárquica” pelo poder entre os Estados.”⁵⁰

Zygmunt Bauman atribui ao Estado a responsabilidade pela situação do país que governa e, em razão de tal responsabilidade, dá-se a importância de possuir autoridade nas tomadas de decisões perante as obrigações que lhe são atribuídas, na expectativa de que tais ações sejam cumpridas com eficiência para atingir a sua finalidade. “O princípio do monopólio do Estado estava no âmago da premissa do Estado moderno de “Soberania absoluta indivisível”.”⁵¹

No entanto, em razão dos adventos contemporâneos mundiais, como a Globalização, crise ecológica, embates políticos internos que interferem diretamente no aumento e circulação de pessoas no mundo, pelos motivos mais diversos, desde novas perspectivas profissionais e pessoais, como fugas de guerras civis, seguidas da miséria e perseguições políticas e socioculturais, além de destruições em função das graves mudanças climáticas do planeta, surge a necessidade de uma reflexão

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. p. 123.

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. p. 124-125.

⁵¹ BAUMAN, Zygmunt; MAURO; Ezio. **Babel**: entre a incerteza e a esperança. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 21.

sobre estes novos problemas e de que forma os Estados poderão posicionar-se para buscar soluções para tais impasses.

O Estado Soberano passa a ser observado e questionado sobre a supremacia de sua Soberania com a inquirição de existir a possibilidade de ampliação dos horizontes para que garantias jurídicas previstas em tratados e declarações de direitos internacionais possam, efetivamente, alcançar os homens em caráter mundial e servi-los, independentemente de sua vinculação nacional ou territorial.

Os problemas que atingem a humanidade, e irrefutavelmente os Estados, trazem à ordem do dia a necessária discussão sobre os limites da Soberania Estatal e a possível redução de tal Soberania para resolver problemas que vão além de suas fronteiras e que necessitam de cooperação e solidariedade de outros Estados afetados pelos mesmos problemas. Para Lucio Pegoraro, com o novo milênio, o princípio soberano está desgastado, pois não representa mais o elemento essencial da organização jurídica do Estado:

Con il nuovo millennio, non solo la centralità dello Stato nell'universo giuridico appare gravemente minata, ma sempre più accentuata è l'erosione dello stesso principio di sovranità. La tríade popolo-governo (o sovranità) - territorio (concepito quest'ultimo quale elemento costitutivo della statualità o, più puntualmente, quale âmbito di esplicazione della competenza sovrana da parte di un popolo) non sembra più rappresentare l'elemento fondante delle organizzazioni giuridiche. Gli stessi fenomeni di formazione/dissoluzione degli Stati non rispondono più alle classiche modellistiche.⁵²

A contemporaneidade nos impõe a delimitação de parâmetros de ordem teórica, mas sobretudo os que ocupam a ordem jurídica, para estabelecer o alcance e limitação e de que forma deverá ser concebido e percebido o poder soberano do

⁵² PEGORARO, Lucio; FROSINI, Justin O. (Org.). **Gli stranieri e i diritti**: Europa e Nord America a confronto. Bologna: libreria Bonomo Editrice, 2004. p. 1. Livre tradução da autora: "Com o novo milênio, não apenas a centralidade do Estado no universo jurídico parece gravemente solapada, mas a erosão do mesmo princípio de soberania está se tornando cada vez mais marcante. O tríade povo-governo (ou soberania) - território (concebido como elemento constitutivo do Estado ou, mais frequentemente, como propósito de explicação da competência soberana do povo) não parece mais representar o elemento fundador das organizações jurídicas. Os mesmos fenômenos de formação / dissolução dos estados não correspondem mais à modelagem clássica."

Estado face às exigências das relações jurídicas transnacionais existentes atualmente na ordem mundial.

O modelo tradicional de soberania vem, factualmente, sofrendo uma relativização em razão de vários acontecimentos históricos e atuais que estão enfraquecendo sua força e poder Estatal, em razão da incapacidade do Estado de atuar de maneira adequada nos mais diversos entraves e conflitos que atingem o Estado Soberano e sua população.

A força jurídica, para responder de forma justa e pertinente às necessidades emergentes de seu povo, como também a relação com terceiros envolvidos em suas relações jurídicas, econômicas e sociais, está sendo reduzida porque o Estado encontra-se cada vez mais incapacitado de responder sozinho a certas demandas, principalmente àquelas que envolvam mais de um Estado interessado.

Complementarmente a sua inabilidade de resolução de problemas de forma individual, estão algumas características da contemporaneidade que auxiliam no enfraquecimento da Soberania Estatal, como a Globalização, a criação de organismos internacionais e supranacionais, como é o caso da União Europeia, além da afirmação dos direitos humanos, que obstaculizam, de forma positiva, a sua atuação nas relações econômicas, jurídicas e sociais internas e internacionalmente.

Inexoravelmente, a Globalização traz uma maior “aproximação” entre os Estados, pelos motivos mais diversos, seja por questões econômicas, de informação ou de transportes e mobilidade de pessoas, o que acarreta relacionamentos entre Estados que acabam por atingir e influenciar outros Estados e, conseqüentemente, outros poderes Soberanos. Esta inter-relação entre Estados, no contexto mundial atual, atinge diretamente o poder Soberano que se acreditava estabelecido, para necessariamente dirigir as atenções sobre a reflexão inevitável a respeito da relativização da Soberania Estatal, com o objetivo maior de garantir a proteção dos direitos do homem em nível mundial, sem retroceder nos direitos até agora alcançados.

Para fortalecer tal entendimento, basta destacarmos o que se encontra estabelecido no artigo 6º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁵³, na qual: “Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei”, que se destaca pela caracterização mais primordial dos direitos humanos, que é a universalidade, possuindo efeito *erga omnes* para aqueles Estados-nações que acataram à referida Declaração.

Parece, portanto, oportuno reproduzir aqui o entendimento de Marcos Maliska sobre a mudança que Estado Nacional vem sofrendo em razão da evolução histórica do próprio Estado: "...o Estado Nacional de hoje não é mais o Estado Nacional fechado de outrora, centrado no princípio da soberania e da economia nacional, pois novas características definem o Estado do século XXI"⁵⁴

Deve-se observar que domínio do poderio econômico em escala global está atingindo de forma muito eficaz os limitadores jurídicos internos, que objetivavam à proteção da Democracia e do território Estatal. Sob esse contexto mundial, a desterritorialização surge como novo desafio do Estado-nação westfaliano, essencialmente no que tange à soberania territorial e na circunscrição da sua própria jurisdição. A renovação da soberania se faz necessária através de uma nova organização de atribuições estatais, como alega Laura San Martino⁵⁵:

“Hacia el fin del siglo XX, la soberanía se renueva, a través de una redistribución del poder y de las competencias que, de los Estados, pasan a colectividades supraestatales comunitarias que reciben una parte de los poderes soberanos.”

O desafio que a Globalização apresenta ao poder do Estado-nação faz com que se observe mais atentamente para a transformação da significação de soberania

⁵³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> < Acessado em 23/08/2017>

⁵⁴ MALISKA, Marcos Augusto. **Estado e século XXI: a integração supranacional sob a ótica do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 125.

⁵⁵ SAN MARTINO, Laura Dromi. **Derecho Constitucional de La Integración**. Buenos Aires: Editora Ciudad Argentina, 2002. P. 45. Livre tradução da autora: “No final do século XX, a soberania é renovada, através de uma redistribuição de poder e competências, que os Estados passam para coletividades supra-estatais comunitárias, que recebem uma parte dos poderes soberanos”.

na atualidade, em detrimento do conceito de Estado Soberano Hobbesiano, trazendo novas configurações para o direito e a política mundial. Tais transformações trarão à tona discussões sobre o enfrentamento do poder Estatal e das fronteiras territoriais em razão da ideologia neoliberal como estímulo ao comércio mundial e a necessidade do debate sobre o fortalecimento do ordenamento jurídico mundial em razão do enfraquecimento do da soberania Estatal.

1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Os princípios constitucionais são o cerne do sistema jurídico, estabelecido para garantir os direitos adquiridos de uma determinada Sociedade através da construção jurídica de normas que visam à proteção e à igualdade dos direitos individuais e coletivos. Esses princípios têm a finalidade de garantir os direitos instituídos na Constituição, como também exigir o cumprimento dos deveres pertinentes ao cidadão e ao Estado, esvaziando-se, assim, a possibilidade do ressurgimento de um governo absolutista e arbitrário contrário ao Estado Democrático de Direito, o qual somente teve possível sua fundação através da Constituição.

O Direito não deve ambicionar que seus esforços para organizar formalmente a composição de normas venha a se exaurir na possibilidade de modificações de seus textos, estando estes subordinados a possíveis revogações pelos órgãos competentes do Estado. Um ordenamento jurídico, mesmo nos modelos mais fechados, não se trata de uma simples organização de regras esparsas, realização da vontade e do interesse de quem está no poder naquele determinado momento. Dessa forma, não há que se falar em Estado Democrático de Direito, nem mesmo tratar sobre a possibilidade de pressuposição de civilização contemporânea a orientar a produção das normas jurídicas.⁵⁶

Dada a relevância do Princípio Constitucional no ordenamento jurídico utilizado na atualidade, faz-se necessária a apresentação de um sólido conceito sobre Princípios e Princípios Constitucionais, estabelecidos por Paulo Cruz:

⁵⁶ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 99.

“[...] princípios serão aquelas normas inscritas nos textos constitucionais destinados a estabelecer os valores fundamentais para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do Direito Positivo. [...] Os princípios constitucionais, deve-se sempre repetir, são a expressão dos valores fundamentais da Sociedade criadora do Direito. Como a Constituição não é somente um agrupamento de normas jurídicas, mas a concretização e posituação destes valores, deve haver uma harmonia fundante entre os princípios e regras, como partes que coabitam em um mesmo ordenamento, sendo que os primeiros são espécie, e as segundas, gênero desta.”⁵⁷

Como o Estado é considerado uma pessoa jurídica de direito público externo e possui relações político-jurídicas internacionais, torna-se necessária a observação de que os princípios constitucionais instituídos no Estado estão além das limitações territoriais e devem ser garantidos de forma supranacional, para garantir a segurança interna e externa dos indivíduos que possuem relações jurídicas com outros Estados.

Muito além das garantias dos direitos individuais resguardados nas constituições, é mister dedicar-se aos direitos do homem que são objeto de proteção jurídica também nos Tratados Internacionais. Para tanto, o Direito Transnacional traz uma perspectiva acautelatória para os impasses internacionais que possam ser discutidos entre os Estados e membros de seu povo, elevando, assim, os princípios constitucionais das relações internacionais ao *status* de princípios universais.

Tais princípios, como o de Igualdade e de Liberdade, podem e devem ser observados, exemplificativamente, na Declaração de Direitos Humanos que, já em seu preâmbulo, assevera “que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.”⁵⁸

Outras fontes de normas jurídicas internacionais devem ser igualmente guardadas como normas firmadas pelos Estados-membros que aceitaram e ratificaram a proteção jurídica para o âmbito de suas constituições, como é o caso do

⁵⁷ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. ps. 101-102.

⁵⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em 23.08.2017.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e seus dois Protocolos Opcionais (sobre procedimento de queixa e sobre pena de morte) e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu Protocolo Opcional, que formam a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos.

Para J.J. Gomes Canotilho, o regime dos direitos, liberdades e garantias consagrados na Constituição não precisam ser reduzidos em face da observância de direitos que possam atingir outros indivíduos que não sejam os cidadãos daquele Estado (o que designa como regime específico de direitos), mas deve ser ampliado para abraçar a todos os que vivem naquele Estado, sejam cidadãos ou não, com legislação própria que possa garantir direitos considerados universais:

“O significado de um regime de direitos “qualificado” ou de “garantias reforçadas” – o regime dos direitos, liberdades e garantias – não é o de reduzir o “regime geral” a uma disciplina jurídica mais frouxa ou com menos dignidade (basta pensar em alguns dos seus princípios estruturantes, como o princípio da universalidade e o princípio da igualdade), mas o de estabelecer um regime que exprima a natureza desses direitos – na sua concreta expressão constitucional positiva – como elementos estruturantes do Estado de direito democrático.”⁵⁹

De tal forma, deve-se perseverar no indicativo dos valores e princípios legitimados na Constituição Estatal para que estes não estejam desassociados do que está vigente na ordem jurídica internacional de modo a objetar os valores consumados pela evolução do Direito Constitucional.

Há que se analisar que o maior contraponto existente atualmente quanto à normativa interna do Estado e à necessidade de regulação por meio de normativas transnacionais é que o Princípio da Integridade do Estado é fortemente levado em consideração para que as normas externas que pretendem interagir com as normas ditas domésticas, respeitem a organização jurídica interna do Estado.

De outro ponto, observa-se que o Princípio da Interdependência entre Estados e da Solidariedade para uma convivência pacífica e duradoura são princípios

⁵⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 414.

essenciais e poderão se sobrepor ao Princípio de Integridade do Estado em favor da manutenção de direitos sociais observados internacionalmente.

Si trata di valutare due diversi orientamenti che esprimono esigenze proprie della vita interna ed Internazionale dello Stato. Da un lato, viene in considerazione il principio della sovranità dello Stato e, dal altro, il principio dell'interdependenza e della solidarietà tra i membri della Comunità internazionale. Il potenziamento dell'uno o dell'altro principio comporta diverse conseguenze nel rapporto tra Stato territoriale e straniero: se prevale il dogma della sovranità resta esclusa qualsiasi limitazione della libertà dello Stato; se al contrario si riconosce rilevanza all'elemento della solidarietà internazionale o dell'interdependenza, si finisce per configurare qualche limite alla libertà statale con la predisposizione di canoni più o meno incisivi di condotta.⁶⁰

Em face dessa necessidade de discussão da Soberania do Estado e da reflexão de novas proposições jurídicas em nível transnacional, vem à tona a dicotomia liberdade e igualdade, que retorna ao debate teórico enquanto paradigmas das mudanças que se fazem necessárias na alteração e adaptação imprescindíveis ao novo equilíbrio dos interesses do Estado, bem como dos indivíduos representados por esse Estado. Os direitos considerados inalienáveis, como os Direitos Humanos, estariam protegidos enquanto direitos fundamentais estabelecidos e reconhecidos pela Constituição do Estado Democrático de Direito.

Na busca pela compreensão de que o mundo contemporâneo possa propor mudanças que venham a abranger diversos níveis e setores das classes mundiais, atingindo a todos os Estados, independentemente de sua formação política, social, cultural ou religiosa, é imperioso esforçar-se para trazer aos órgãos de competência jurídica e política o debate sobre a manutenção da liberdade e igualdade do indivíduo, respeitando os direitos fundamentais estabelecidos nas Constituições

⁶⁰ CALAMIA, Antonio M.; DI FILIPPO, Marcello; GESTRI, Marco. **Immigrazione, Diritto e Diritti**: profili internazionalistici ed europei. Padova: CEDAM, 2012. p. 08. Livre tradução da autora: “É necessário avaliar duas orientações diferentes que expressam as necessidades específicas da vida interna e internacional do Estado. Por um lado, o princípio da soberania do Estado e, por outro, o princípio da interdependência e solidariedade entre os membros da comunidade internacional. O fortalecimento de um ou outro princípio tem diferentes consequências na relação entre estado territorial e estado estrangeiro: se o dogma da soberania prevalece, qualquer limitação da liberdade do Estado é excluída; se o acordo reconhece relevância para o elemento de solidariedade internacional ou interdependência, acabamos por estabelecer algum limite para a liberdade de Estado com a predisposição de regras de conduta mais ou menos incisivas.”

dos Estados Democráticos de Direito e, quiçá, naqueles estados ainda não atingidos pela Democracia.

Ainda que esses Estados observem sim a Soberania Estatal, ao ponto de pleitear uma possível mudança nesse poder soberano, de forma que o Estado seja respeitado, é preciso que, além do respeito a essa pessoa jurídica de direito público, seja respeitado o direito do indivíduo prioritariamente.

Desdobram-se os problemas em níveis supraestatais, mas as soluções parecem muito distantes, pela falta de interesse dos Estados em abordar e tratar, em uma visão mundial, os problemas que afetam a todos. Se para tal, a Soberania Estatal deverá ser reduzida, proporcionando maior segurança aos indivíduos membros desses Estados enquanto cidadãos, talvez seja uma possibilidade de prosseguimento para tentar alcançar a paz e a segurança mundial tão almejadas nos dias atuais. Resta investigar de que forma essa redução soberana e garantida de direitos individuais e coletivos poderá ser admitida e efetivada nos âmbitos jurídicos e políticos de nossos Estados contemporâneos.

Podemos considerar os princípios como fontes do direito protetoras dos atributos fundamentais da ordem jurídica, tratando-se de uma verdade de caráter universal, sendo percebido como o que o homem pode aceitar como um dos seus valores jurídicos mais importantes, que não permitem negociação ou derrogação, já que os princípios gerais do direito foram beber no direito natural para criar suas bases positivadas ou consuetudinárias. De tal forma, os princípios formam o alicerce do sistema jurídico de uma Sociedade, tencionando estabelecer diretrizes para a vida social e estabelecer vínculos de direitos e deveres para os membros dessa Sociedade.

Esses princípios jurídicos foram construídos ao longo do desenvolvimento social e codificados no século XX, quer nas Constituições estatais, quer nos tratados internacionais, com a corroboração de que o Estado é uma pessoa jurídica de direito público interno e internacional, que mantém relações político-jurídicas na Sociedade de Estados. A evolução do Estado, assim como da Sociedade, demonstra uma preocupação, no século XX, de fixar novos padrões que possam

projetar a manutenção da paz e da segurança internacionais. Nesse contexto, os princípios das relações internacionais fundam um novo paradigma na construção do Estado democrático de direito, elevando-os à categoria de universais.

O Estado é uma figura abstrata, uma organização política de caráter público, criado pela Sociedade, que tem na Constituição sua maior demonstração de manutenção da vontade social, trazendo por meio da regulamentação o objetivo da preservação do interesse público e da conservação da paz. Com o intuito de preservação dos valores e direitos fundamentais ao homem, o Estado Democrático de Direito apresenta uma ordem jurídica, primordialmente através da sua Constituição, de impor determinações jurídicas que servem tanto aos governantes quanto aos seus governandos, destituindo o poder absolutista e estabelecendo normas de contexto igualitário e de liberdades atribuídas aos seus cidadãos que devem ser preservadas no seu modo de agir por meio da Constituição.

Nesse caráter de ordem jurídica Constitucional, é importante destacar que a Constituição e o Direito Internacional desenvolveram-se no decorrer dos séculos XX e XXI para reforçar o entendimento de que o Estado se desenvolveu criando interdependência jurídica com outros Estados, por questões relacionadas com a paz mundial (principalmente no pós Segunda Guerra) e, notadamente de forma mais contundente, com o advento da Globalização. Especialmente no que tange à preservação da paz mundial e à respectiva segurança jurídica, observa-se uma preocupação da comunidade internacional que pode ser verificada nos princípios orientadores do direito internacional.

Realizando uma análise baseada na versão monística do direito internacional, Hans Kelsen⁶¹ concluiu que:

O resultado da nossa análise foi o de que o Direito internacional, através do princípio de eficácia, determina a esfera e o fundamento de validade da ordem do Direito nacional, e, desse modo, a superioridade do Direito internacional sobre o Direito nacional parece ser imposta pelo conteúdo do próprio Direito.

⁶¹ KELSEN, Hans, CAMPAGNOLO, Umberto. **Direito Internacional e Estado Soberano**. Org: Mario Losano. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Para os estudiosos do direito internacional, em sua maioria, pode-se considerar como inauguração das relações jurídicas consideradas em âmbito de Direito Internacional Público, o Tratado de Vestfália, em 1648, que pôs fim à Guerra dos Trinta Anos, derivando assim para uma perspectiva Sociedade em nível internacional, na qual os Estados aprovam regras e instituições que limitam suas ações de interesse comum, abrindo as portas para o início de regulamentações internacionais que pudessem atingir a vários Estados simultaneamente com o mesmo propósito de resguardar direitos e alcançar garantias jurídicas simultaneamente. Nesse contexto, torna-se relevante destacar a importância de outras fontes normativas do direito que não somente a lei, como pondera Cançado Trindade:

Para os que adotam uma fundamentação jusnaturalista do Direito Internacional, torna-se menos difícil apreender o relacionamento entre princípios gerais do direito, tratados e costumes: nesta ótica, tratados e costumes seriam atualizações ou positivamente dos princípios gerais do direito, adaptadas às situações históricas variáveis.[...] O que pode ser tido como ponto pacífico é que as chamadas “fontes” do Direito Internacional apresentam-se em constante e dinâmica interação.⁶²

As fontes do Direito internacional têm sido, tradicionalmente, classificadas em fontes materiais, que são todos os elementos metajurídicos (Direito Natural, Equidade, Solidariedade, Acordo de Vontade entre os Estados), de tal forma que a maioria das fontes doutrinárias estabelece que as formais são as regras expressas em tratados, costumes e princípios gerais do Direito, são as normas a que se atribui validade jurídica internacional, enfatizando a importância dada pelos Estados-nação ao positivismo jurídico em âmbito internacional.

Não se deve confundir a fonte de direito material do direito objetivo por lei positiva propriamente dita, entendido, muitas vezes, como fontes formais. Os motivos que levam os Estados a submeter-se a regras e princípios de nível

⁶² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 33.

internacional, em determinadas situações, é também para atender a certas necessidades e interesses próprios.

De tal sorte, os Princípios do Direito Internacional são a base do sistema, orientando e embasando a construção das regras jurídicas. O Direito Internacional conta com objeto próprio. Portanto, dele desprendem-se princípios próprios que servem para orientar e delimitar os contornos e perfis das relações jurídicas que busca tutelar.

Possuem, portanto, conotação normativa ao orientar ação dos Estados e fundamentar a sistematização de tratados e documentos internacionais, dando a ele um todo coerente. Não servem apenas para suprir as normas consuetudinárias e convencionais.

Com a criação da Organização das Nações Unidas no pós Segunda Guerra e a transformação da comunidade internacional a partir de 1945, o Direito internacional passa a assumir uma relevância de coexistência e cooperação entre Estados, estabelecendo novas metas para uma ordem internacional mais inclusiva e solidária. Estes Princípios Internacionais apresentam uma orientação axiológica para a ação dos Estados nas suas relações internacionais e direcionam a produção de regras e a elaboração de tratados no plano internacional.

Ao se tratar de fontes de Direito, imediatamente nos ocupamos com aquelas que são consideradas tradicionalmente mais utilizadas, quando se faz uma análise histórica do trabalho realizado com as fontes do direito. Temos de tal feita, como fontes do direito, a lei, o costume e a jurisprudência, embora deva-se perceber e entender que as fontes do direito possam ser expandidas em razão da pluralidade jurídica, dos motivos relacionados aos fatos sociais e a preocupação do alcance do direito difuso na Sociedade.

De todo modo, ao tratar-se do Direito Internacional, especialmente de suas fontes jurídicas, em razão do poder coercitivo dos órgãos internacionais e de suas limitações, principalmente por conta da Soberania dos Estados, além da estrutura e Sistema jurídica interno mantido por cada Estado, é necessário preocupar-

se com questões relacionadas principalmente com a sua fundamentação, a heteronomia, bem como sua legitimidade.

O Direito Internacional, todavia, é visto por alguns juristas com ceticismo no sentido de questionar a natureza jurídica das normas provenientes do Direito Internacional, sobretudo pela ausência de observância, por alguns Estados, a respeito dessas normas, fundamentada na premissa da não existência de autoridade supraestatal com competência jurídica para imposição da observância e aplicação das normas internacionais.⁶³

No que se refere à Soberania do Estado,:

[...] a conclusão de um tratado, qualquer que seja ele, jamais implica em abandono da soberania do Estado: a faculdade de contrair compromissos internacionais, e seu fiel cumprimento, constituem precisamente atributos da soberania do Estado. Esta não pode ser invocada de encontro ou choque com obrigações convencionais; a jurisprudência internacional aponta no sentido de que os dispositivos do direito interno ou constitucional não podem ser invocados para evadir obrigações internacionais prevalecendo sobre dispositivos de tratados em vigor.⁶⁴

O Estatuto da Corte Internacional de Justiça entrou em vigor, juntamente com a Carta das Nações Unidas, em outubro de 1945, após a Conferência sobre Organização Internacional. O Tribunal Internacional de Justiça, como prevê o art. 92 da Carta das Nações Unidas, será o principal órgão judicial das Nações Unidas. No Estatuto da Corte Internacional, estão definidas quais são consideradas as fontes do Direito Internacional, em seu art. 38, que preconiza:

Artigo 38 - A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;

⁶³ BRITO, Wladimir. **Direito Internacional Público**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 97.

⁶⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Princípios do direito internacional contemporâneo**. 2. ed. rev. atual. – Brasília: FUNAG, 2017. p. 73

c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;

d. sob ressalva da disposição do Artigo 59⁶⁵, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.⁶⁶

Entende-se que o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça visa instaurar quais as fontes de Direito Internacional reconhecidas e aceitas para regulação das ações jurídicas dentre os Estados-membros. De todo modo, não há unanimidade quanto à aceitação da aplicação deste artigo para tais fontes jurídicas do direito internacional, conforme análise de Trindade Cançado⁶⁷:

Dispõe o artigo 38 que, na solução de controvérsias que lhe forem submetidas, a Corte aplicará as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios gerais de direito, acrescidos, como meios auxiliares para a determinação das regras de direito, das decisões judiciais e da doutrina; é, enfim, facultado à Corte decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.

Seguindo essa linha de pensamento, Valério Mazzuoli⁶⁸ entende que a Corte Internacional de Justiça é seguramente o mais importante dos tribunais internacionais existentes da época atual, não apenas por sua ampla experiência, mas igualmente pela abrangência de sua competência *ratione materiae* pela qual estabelece que: qualquer Estado que tenha aceito e concordado com os termos de sua jurisdição pode iminentemente recorrer à Corte Internacional de Justiça para

⁶⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA**. “Artigo 59 - A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão.” Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html> . Acessado em 29.05.2018

⁶⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA**. <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html> . Acessado em 29.05.2018

⁶⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**. 2. ed. rev. atual. – Brasília: FUNAG, 2017. 464p. p. 54.

⁶⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional público**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 153.

reivindicar uma solução para um direito violado ou conflito jurídico, em relação a quaisquer matérias conhecidas do Direito Internacional.

Redigia-se em 1920 o estatuto do primeiro tribunal vocacionado para resolver litígios entre Estados sem qualquer limitação de ordem geográfica ou temática. A certa altura do texto, surgia a necessidade de que se dissesse qual o direito aplicável no âmbito da jurisdição nascente, tanto significando a necessidade de fazer um rol das formas de expressão do direito internacional público, um roteiro das fontes onde se poderiam buscar, idoneamente, normas internacionais. O estatuto relacionou então os tratados, os costumes e os princípios gerais do direito. Fez referência à jurisprudência e à doutrina como meios auxiliares na determinação das regras jurídicas e facultou, sob certas condições, o emprego da equidade.⁶⁹

Contrariando os preceitos estabelecidos para a importância do Direito Internacional, Herbert Hart⁷⁰, no que diz respeito à inexistência de um poder legiferante internacional, e a escassez de tribunais com jurisdição imperativa e ações coercitivas, surge a incerteza nas possíveis garantias jurídicas em âmbito internacional. Nesse entendimento, do qual não pactuamos, as regras e princípios que podem ser aplicados aos Estados, em razão da ausência de tais instituições em nível internacional, irão se aproximar daquele modelo simples de organização social, baseado em regras primárias compulsórias e perante fatos sociais, geralmente é contrário a um sistema legal desenvolvido. De tal modo, esclarece José Francisco Rezek:

Em direito internacional, porém, é incalculável o volume das normas que ainda hoje, apesar do relativo êxito de alguns processos de codificação, subsistem a título estritamente costumeiro; assim como não há medida para a importância dos princípios gerais que, também não escritos, reclamam correta determinação, lançando o intérprete na contingência de reconhecer a necessidade do apoio pretoriano e doutrinário.⁷¹

⁶⁹ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 13. ed. rev., aumen. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 34.

⁷⁰ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 4. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005. 348 p. p. 230.

⁷¹ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 13. ed. rev., aumen. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 174.

A repetição dos princípios em diversos acordos, junto com a *opinion iuris* inerente a esses princípios, irão formar a base consuetudinária de positivação dos mesmos. De todo modo, sua concretização no ordenamento internacional se opera através dos tribunais internacionais.⁷²

O constante aperfeiçoamento do Direito Internacional, reforçado pelo aumento das relações internacionais, a incorporação de tribunais internacionais de pessoas de culturas jurídicas diversas e a especialização e o desdobramento crescente da jurisdição internacional, dentre outros fatores, são condições que influenciaram e influenciarão o progresso e desenvolvimento do Direito Internacional como todo. Os princípios gerais, sob essa perspectiva, poderão ser muito profícuos para o avanço nas perspectivas de cada vez mais convivência pacífica entre os povos.⁷³

Para Alexy, os princípios são “normas que demandam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas”.⁷⁴ Nesse entendimento, pode-se dizer que os princípios se concretizam em vários graus, e que esse grau de concretude depende não só do que é possível de fato, mas também do que é possível de forma jurídica. No que tange às regras, são consideradas normas que podem ser eficazes ou não. Se uma regra é válida, então o preceito é cumpri-la tal qual como ela prescreve, sem interpretações expansivas ou restritivas. Enquanto que, para os princípios, um grau de satisfação será variável e as regras possuem um grau de satisfação fixo na dimensão do que é fático e juridicamente possível.⁷⁵

Os princípios gerais do direito, seja pelo grau de indeterminação ou de generalidade, requerem na sua aplicabilidade um processo que se demonstre

⁷² VELASCO, Manuel Diez de. **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 13. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2001. p. 99

⁷³ VELASCO, Manuel Diez de. **Instituciones de Derecho Internacional Público**. p. 100.

⁷⁴ ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. Tradução de Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 47.

⁷⁵ ALEXY, Robert. **A Theory of Constitutional Rights**. p. 47-48.

racional, valendo-se de caráter lógico e razoável, a justificação de sua concordância em relação ao caso concreto, permitindo maior atuação do intérprete julgador na aplicação do princípio do que na subsunção da norma. Há que se considerar, portanto, que,

O reconhecimento de um princípio geral do direito internacional é um processo e não um ato. [...] É necessário um movimento progressivo e contínuo de reconhecimento do princípio, ao longo das práticas dos Estados, em suas relações externas.⁷⁶

Sob o enfoque pragmático, os princípios gerais do direito internacional “são aplicáveis na interpretação das normas, no domínio da responsabilidade internacional e no da administração da justiça.”⁷⁷

Valendo-se das palavras de Jacques Derrida, podemos fazer uma reflexão no sentido de que: “O direito não é justiça. O direito é o elemento do cálculo, é justo que haja um direito, mas a justiça é incalculável, [...], isto é, momentos em que a decisão dentre o justo e o injusto nunca é garantida por uma regra.”⁷⁸

Muitas vezes, os juízes nacionais são levados a interpretar ou reinterpretar o direito internacional, em reação a decisões estrangeiras. O esforço se torna particularmente interessante quando há um debate sobre qual decisão melhor atende a princípios aceitos tanto no plano doméstico, como no plano internacional, a exemplo da proteção da dignidade da pessoa humana, comum em diferentes contenciosos sobre direitos humanos, ou da defesa do direito à proteção do patrimônio cultural, frequentemente alegado nas discussões sobre a validade das leis de anistia.⁷⁹

E prossegue ressaltando a importância da busca de mecanismos de diálogos internacionais referentes decisões jurisdicionais:

Os ordenamentos nacionais se revestem progressivamente de mecanismos de consultas aos tribunais internacionais, para criar mecanismos de diálogo. No entanto, nada impede que existam

⁷⁶ VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. 5. Ed. São Paulo, Saraiva, 2014. p. 158.

⁷⁷ BRITO, Wladimir. **Direito Internacional Público**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 282.

⁷⁸ DERRIDA, Jacques. **Força de Lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. Martins Fontes: São Paulo, 2010. p.30.

⁷⁹ DERRIDA, Jacques. **Força de Lei: o fundamento místico da autoridade**. p. 31.

divergências de conteúdo entre decisões nacionais e internacionais ou mesmo entre duas jurisdições internacionais, sem possibilidade de solução da divergência pela falta de hierarquia formal entre as diferentes jurisdições.⁸⁰

Ainda na concepção de Marcelo Varella, a complexidade do sistema jurídico pressupõe,

[...], a construção de novas formas de hierarquia entre normas, em função não apenas de sua natureza, mas de seu conteúdo, e a revisão da visão das formas de interação entre o direito nacional e o direito internacional, com a criação do direito em camadas, com níveis de interação variáveis em função da origem (nacional, regional, internacional) e do tema tratado (direitos humanos, humanitário, internacional econômico, ambiental, entre outros).⁸¹

De tal feita, os princípios gerais do Direito Internacional Público são as normas de caráter mais abrangente e extensivo que fundamentam e atribuem coesão e logicidade ao ordenamento jurídico internacional, norteando a criação e aplicação das normas internacionais bem como o comportamento dos sujeitos de Direito das Gentes. Dentre estes princípios, pode-se destacar: a soberania nacional; a não intervenção; a igualdade jurídica entre os Estados; a autodeterminação dos povos; a cooperação internacional; a solução pacífica de controvérsias; e o esgotamento dos recursos internos antes do recurso a tribunais internacionais.

Além disso, deve-se evidenciar a notoriedade do princípio do predomínio dos direitos humanos nas relações internacionais. Em relação às normativas brasileiras, os princípios adotados pelo Brasil em suas relações internacionais estão previstos no artigo 4º da sua Constituição, que estabelece:

“Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;

⁸⁰ VARELLA, Marcelo. **Internacionalização do direito**: Direito internacional, globalização e complexidade. Tese para obtenção do título de Livre-Docência em Direito Internacional. São Paulo: UPS. 2012. p. 238.

⁸¹ VARELLA, Marcelo. **Internacionalização do direito**: Direito internacional, globalização e complexidade. p. 22.

- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.⁸²

Antes de tudo, parece importante resgatar que tais princípios, principalmente aqueles considerados mais tradicionais, como a soberania e autodeterminação dos povos, por exemplo, espelham uma visão individualista dos Estados na concepção do direito internacional.⁸³

Dos princípios de relações internacionais arrolados no artigo supracitado, pretendemos nos ater àqueles que, de modo mais direto ou mesmo indireto, podem apresentar destaques necessários à segurança jurídica relacionada aos direitos humanos e à igualdade soberana dos Estados para tratar os direitos das relações internacionais de forma também igualitária. De tal feita, espera-se contemplar, mais detidamente neste capítulo, os princípios da prevalência dos direitos humanos e da igualdade entre os Estados. Alguns dos demais princípios relacionados no artigo 4º da Constituição da República Federativa do Brasil poderão ser destaques no decorrer do presente trabalho, nos capítulos subsequentes.

1.2.1 Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos

O princípio da prevalência dos direitos humanos merece destaque em relação aos demais princípios de relações internacionais por simbolizar a proteção jurídica atinente à dignidade da Pessoa Humana e de sua abrangência que tende a

⁸² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em <23/06/2018>

⁸³ VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. 5. Ed. São Paulo, Saraiva, 2014. p. 157.

alcançar o maior número de pessoas, em contexto mundial, que possam ter esse direito violado.

Parece, portanto, oportuno ressaltar que atos unilaterais e acordos internacionais implicam a indispensabilidade da observância da Proteção Internacional dos Direitos Humanos em sistemas internacionais dos quais o Estado faça parte, tendo, portando, aceitado os termos estabelecidos e corroborado com a sua efetivação, a fim de colaborar com sua implementação e execução.

Na orientação para conduta das relações internacionais, o Chefe de Estado ou aqueles que agirem em seu nome devem coibir-se de aderir ou aceitar qualquer atitude que possa causar constrangimento, afetação ou eliminação dos direitos humanos. O princípio da prevalência dos direitos humanos demanda do Estado o emprego de ações que favoreçam e promovam os direitos humanos na perspectiva internacional.⁸⁴

De tal feita, realizando o exame da situação dos direitos humanos em determinado país, no âmbito do Conselho de Direitos Humanos da ONU, entende-se que indivíduos naquele país possuem um direito *prima facie*. No entanto, esse direito apenas se tornará definitivamente direito se as possibilidades fáticas e jurídicas da situação concreta assim admitirem. Embora o princípio da prevalência dos direitos humanos pareça uma norma simplesmente objetiva, ela é a base para a outorga de um direito de nível constitucional, como é o caso do Brasil.⁸⁵

Ao tratar-se de Direitos Humanos, deve-se fazer uma análise mais ampla de sua abrangência e aplicabilidade, pois é necessário ressaltar que o acatamento a tais direitos não devem ser observados somente em tempos de paz, realizando uma interpretação seletiva e seccionada, utilizando as chamadas três vertentes da Proteção Internacional dos Direitos Humanos⁸⁶: Direitos Humanos *stricto sensu*,

⁸⁴ PANNUNZIO, Eduardo. **Judicialização das Relações Internacionais**: a força do princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 227.

⁸⁵ PANNUNZIO, Eduardo. **Judicialização das Relações Internacionais**: a força do princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos. p. 232.

⁸⁶ As três vertentes da Proteção Internacional dos Direitos Humanos consolidaram-se através do ciclo de Conferências Mundiais das Nações Unidas na década de 1990, quais sejam: Meio Ambiente, Rio de Janeiro, 1992; Direitos Humanos, Viena, 1993; População e Desenvolvimento, Cairo, 1994;

Direito Internacional Humanitário⁸⁷ e Direito Internacional dos Refugiados. As três vertentes são consideradas interdependentes e complementares, o que significa dizer que, mesmo estando respeitadas suas peculiaridades e características próprias e de compartilhar os mesmos princípios gerais, podem ser invocadas normas complementares para proteger de forma mais ampla os direitos humanos das pessoas envolvidas. Sendo assim, a dimensão dos valores atribuídos aos direitos humanos deve acompanhar suas origens, com alcance e diligência atemporal e além fronteira.

Quanto aos tratados internacionais multilaterais de proteção dos direitos humanos, apresentam-se, no regime das relações globais, os denominados "direitos humanos *stricto sensu*" ao abrigo da ONU e com o respaldo de organismos internacionais reconhecidos pelos Estados com poderes de estipular normas relativas a Direito Humanitário e a Direito dos Refugiados, abrangendo as normas projetadas para os tempos de guerra ou criadas para regulamentar as situações dos indivíduos, nos momentos de graves conflitos na ordem interna ou internacional.⁸⁸

A "[...] universalidade dos direitos humanos, enriquecida pela diversidade cultural, e os esforços envidados no propósito de assegurar na prática a indivisibilidade de todos os direitos humanos (civis, políticos, econômicos, sociais e culturais), com atenção especial aos mais necessitados de proteção (os socialmente excluídos e os segmentos mais carentes e vulneráveis da população), indicam que, depois de muitos anos de luta, os princípios do direito internacional

Desenvolvimento Social, Copenhague, 1995; Mulher, Beijing, 1995; Assentamentos Humanos, Istambul, 1996. Essas reuniões compartilharam da intenção de manifestar, de forma genuína e fundamentada, a inquietude de toda a comunidade internacional com as circunstâncias e situações nas quais vivem as pessoas no mundo contemporâneo, sua qualidade de vida e implicações para o futuro, fazendo uma análise que se desprende da origem ou cidadania do indivíduo, mas, ocupando-se centralmente com os direitos humanos, em âmbito individual e coletivo. Sobre o tema, ver CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **A Humanização do Direito Internacional**, 2006.

⁸⁷ Apresenta-se como definição para Direito Humanitário, o mesmo utilizado por Antônio Augusto Cançado Trindade: "Trata-se do corpo de normas jurídicas de origem convencional ou consuetudinária, especificamente aplicável aos conflitos armados, internacionais ou não internacionais, e que limita, por razões humanitárias, o direito das partes em conflito de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, evitando que sejam afetados as pessoas e os bens legalmente protegidos." CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana**. Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados.

⁸⁸ SILVA SOARES, Guido Fernando. Os Direitos Humanos e a Proteção dos Estrangeiros. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: USP, v. 99, 2004. p. 403-460. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67631/7024>. Acessado em 11/07/2018. p. 421 e 422.

dos direitos humanos parecem enfim ter alcançado as bases das sociedades nacionais.”⁸⁹

De fato, os instrumentos de proteção internacional em nossos dias preocupam-se majoritariamente em prevenir e punir violações dos direitos humanos cometidas pelo Estado, o que apresenta uma grave lacuna: a da prevenção e punição de violações dos direitos humanos por outras entidades que não somente o Estado, incluídos, nesse aspecto, indivíduos particulares e mesmo por autores não identificados. A busca da solução para essa lacuna poderá contribuir com o aperfeiçoamento dos instrumentos de proteção internacional da Pessoa Humana, tanto os de proteção dos direitos humanos *stricto sensu* quanto os de direito internacional humanitário.⁹⁰

Na sua origem, os direitos humanos têm suas bases estabelecidas em princípios e normas internacionais escritas, os direitos humanos têm por função principal tutelar os direitos da Pessoa Humana, na sua existência individual, que seriam os direitos individuais oponíveis ao Estado; na sua existência e convivência coletiva, esses considerados como os direitos exigíveis do Estado; ou como singularidade ou das pessoas inseridas em contexto mundial, nesse aspecto estariam delimitados como direitos difusos, exigíveis dos Estados, enquanto membros integrantes de uma comunidade ou sistema internacional de direitos.⁹¹

A Convenção de Genebra⁹² é a junção dos tratados assinados entre 1864 e 1949, que visavam cuidar dos civis nos períodos de conflito armado e está

⁸⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana**. Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados. Gênêbra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha. 2004. Disponível em: <https://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/direitos-da-pessoa-humana.htm>. Acessado em 11/07/2018.

⁹⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana**.

⁹¹ SILVA SOARES, Guido Fernando. Os Direitos Humanos e a Proteção dos Estrangeiros. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: USP, v. 99, 2004. p. 403-460. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67631/7024>. Acessado em 11/07/2018. p. 406.

⁹² Pelo direito humanitário, em tempo de guerra, os homens devem observar certas normas de humanidade, mesmo em relação ao inimigo. Tais normas constam nas Convenções de Genebra, de

intimamente ligada à origem do Direito Humanitário⁹³. Com efeito, a criação da Cruz Vermelha e as Leis de Genebra são a base do Direito Humanitário.

O direito internacional humanitário (DIH) abarca, hoje em dia, as regras do chamado “*Jus in bello*”, nas suas duas vertentes principais, que são, o direito “da Haia”, relativo à limitação dos “meios e métodos de combate”, ou seja da própria condução da guerra, e o direito “de Genebra”, atinente ao respeito das “vítimas da guerra”.⁹⁴

A Primeira Conferência de Haia foi expressão da “ideia a realizar” de um pacifismo ativo, com a finalidade de desenvolver ações para obtenção da paz, fosse pelo encorajamento da utilização da solução pacífica de controvérsias com o intuito de evitar a guerra, fosse pelo próprio desarmamento para que, desta forma, fosse afastada a possibilidade de guerra. Direccionava seus intentos da mesma forma para

12 de agosto de 1949, e nos seus Protocolos Adicionais, de 1977 e 2005, a saber: Convenção de Genebra I, que protege feridos e doentes das forças armadas em campanha; Convenção de Genebra II protege feridos, doentes e náufragos das Forças Armadas no mar; Convenção de Genebra III trata dos prisioneiros de Guerra; Convenção de Genebra IV aborda o tratamento da população civil. Destaca-se que as normas das Convenções de Genebra não se aplicam aos conflitos armados não internacionais, isto é, de violência armada prolongada dentro de um Estado, à exceção do art. 3º, comum às quatro Convenções. Entretanto, não se pode negar que os protocolos adicionais ampliaram o âmbito de proteção do direito humanitário. Para ir mais além sobre as Convenções de Genebra: BORGES, Leonardo Estrela. **O Direito Internacional Humanitário.**; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A Humanização do Direito Internacional.**; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana.** Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados. Gênêbra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha. 2004. Disponível em: <https://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/direitos-da-pessoa-humana.htm>. Acessado em 11/07/2018.

⁹³ Henry Dunant foi o verdadeiro criador do Direito Internacional Humanitário. À época, era empresário e estava com alguns problemas de investimentos realizados na Argélia, momento em que se dirige a Solferino, na Itália, com o propósito de encontrar o imperador francês Napoleão III. Nessa ocasião, Dunant presenciou o combate da Batalha de Solferino, em 1859, um duelo entre franceses, italianos e austríacos, que resultou, ao final, com 40.000 vítimas. Após o ocorrido e desiludido com as consequências da guerra trazidas pelo homem e a forma arrasadora como a guerra pode devastar, não somente a vida dos envolvidos, mas de pessoas alheias a ela, Dunant publicou o livro intitulado “Un souvenir de Solférino”, no qual manifesta o que presenciou e ressalta duas ações que deveriam ser utilizadas para evitar os conflitos. Propõe que em cada país seja constituída em tempo de paz uma Sociedade voluntária de socorros e que os Estados se vinculem a um princípio internacional que assegure protecção jurídica aos serviços sanitários. Deste modo, Dunant funda, juntamente com outras cinco pessoas, o “Comitê Internacional de Ajuda aos Feridos”, que, em 1880, é transformado no atual “Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV)”. Para saber mais: BORGES, Leonardo Estrela. **O Direito Internacional Humanitário.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

⁹⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana.** Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados. Gênêbra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha. 2004. Disponível em: <https://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/direitos-da-pessoa-humana.htm>. Acessado em 11/07/2018.

ampliar a sujeição jurídica do uso da força nos conflitos bélicos – o *jus in bello* – do direito humanitário, através de normas direcionadas para controlar a conduta das contendas de modo a evitar sofrimentos inúteis e limitar o número de vítimas. A segunda conferência caracterizou-se pela presença de um círculo mais amplo de Estados e intensificou a “ideia a realizar” de um pacifismo ativo, assegurado em normas jurídicas negociadas que levavam em conta uma visão do bem-estar da humanidade que ia além dos receios habituais de uma Sociedade internacional interestatal.⁹⁵

Com efeito, as duas conferências tiveram como fundamento a ideia da paz, defendida pelos movimentos pacifistas do século XIX que se organizaram no seio da Sociedade Civil, protestando contra os horrores da guerra enaltecidos pela invulnerabilidade das armas que a tecnologia produziu. Colaborou ainda para a idealização de paz, que inspirou a Primeira Conferência de Haia, apresentando de forma assertiva a nova função de recurso à arbitragem como meio pacificador para suprimir ou diminuir as diferenças entre os Estados no plano internacional, através do direito.

Conforme referenciava Jean Jacques Rousseau⁹⁶

A guerra não representa, pois, de modo algum, uma relação de homem para homem, mas uma relação de Estado para Estado, na qual os particulares só acidentalmente se tornam inimigos, não o sendo nem como homens, nem como cidadãos, mas como soldados, e não como membros da pátria, mas como seus defensores. Enfim, cada Estado só pode ter como inimigos outros Estados e não homens, pois que não se pode estabelecer qualquer relação verdadeira entre coisas de natureza diversa.

A terceira vertente da Proteção Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional dos Refugiados, teve sua condição jurídica inicialmente abalisada

⁹⁵ LAFER, Celso. **Conferências da Paz de Haia** (1899 e 1907). Rio de Janeiro: FGV. Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeirarepublica/CONFER%C3%80NCIAS%20DA%20PAZ%20DE%20HAIA.pdf>>. Acessado em 30 de janeiro de 2018.

⁹⁶ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**: Ensaio sobre a Origem das Línguas: Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens: Discurso sobre as Ciências e as Artes. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 28.

por meio do que era considerada a Magna Carta dos Refugiados, a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, que teve origem por influência do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - ACNUR, em 26 de julho de 1951, em uma conferência diplomática multilateral realizada em Genebra. Na ocasião, os Estados ali reunidos aprovaram o projeto apresentado para o referido Estatuto. Com a aprovação, foi possível tipicar o "status" de refugiado, instituindo seus direitos, mas também esclarecendo as obrigações dos Estados-Partes para o cumprimento e respeito ao "status" de Refugiado. Essa aprovação estabeleceu ainda a necessidade da internalização nos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais, das normas protetivas ora estabelecidas.⁹⁷

O propósito comum de salvaguardar os Direitos da Pessoa Humana em toda e qualquer circunstância levou a aproximações e convergência nas três referidas vertentes de proteção da Pessoa Humana, manifestadas nos planos normativo, hermenêutico e operativo, que permitiram a ampliação das vias de proteção, permitindo uma evolução na visão sobre as três vertentes e aumentando os benefícios aos seres humanos protegidos.⁹⁸

Para alcançar o propósito de proteção da Pessoa Humana, deve-se registrar que os responsáveis pela aplicação das normas de proteção aos direitos humanos não possuem consentimento para distinguir o tratamento que se deve oferecer a indivíduos nacionais ou estrangeiros; ao contrário, eles são motivados e treinados a empregar as normas protetoras, com diligência de considerar que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos (art. I da Declaração Universal).⁹⁹

O Direito Internacional dos Direitos Humanos tem reconhecido o direito de petição individual (*a legitimatio ad causam*), conferido a alguém para atuar no

⁹⁷ SILVA SOARES, Guido Fernando. Os Direitos Humanos e a Proteção dos Estrangeiros. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. p. 446.

⁹⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 283.

⁹⁹ SILVA SOARES, Guido Fernando. Os Direitos Humanos e a Proteção dos Estrangeiros. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. p. 406.

contraditório e discutir determinada situação jurídica litigiosa, desde que possua legitimidade para tal. O mesmo não ocorre no Direito Internacional Humanitário nem no Direito Internacional dos Refugiados.

Isto, no entanto, não impossibilita o emprego concomitante das três vertentes de proteção na prática, já que são consideradas complementares. A prática internacional possui casos de procedimentos sincrônicos de órgãos que pertencem aos três sistemas de proteção, objetivando a proteção da Pessoa Humana em todas e quaisquer situações.

1.2.2 Princípio da Igualdade entre os Estados

O Princípio da Igualdade entre os Estados busca, justamente, garantir o respeito das regras jurídicas existentes em caráter internacional, a todos os Estados, sem criar qualquer tipo de diferenciação entre um Estado e outro, com o propósito seguinte de estabelecer e fazer cumprir regras para uma igualdade solidária e pluralista.

A responsabilidade pela proteção dos Direitos Humanos não só não enfraquece a soberania, mas também permite cumprir a observância das obrigações de apoio. A atenção que deve ser dada ao princípio de igualdade soberana dos Estados está diretamente interligada com a responsabilidade de proteger, dentro do enquadramento do princípio da não ingerência nos assuntos internos dos estados, que também é discutível.¹⁰⁰

O princípio da igualdade dos Estados é uma necessidade lógica que se conclui enquanto concepção de comunidade no conceito intergovernamental. Em um ambiente no qual todos os sujeitos de direitos soberanos são considerados iguais, a relação deve ser baseada justamente nessa construção de igualdade. A interpretação jurídico-filosófica dos juristas romanos do conceito de "eu individual não é superior a

¹⁰⁰ MOSLEMI, Behrooz; BABAEIMEHR, Ali. Principle of Sovereign Equality of States in the Light of the Doctrine of Responsibility to Protect. *In: International Journal of Humanities and Cultural Studies*. Dez/2015. p. 687-697. Disponível em: <http://www.ijhcs.com/index.php/ijhcs/index>. Acessado em < 27.06.2018 > p. 688.

todos" é a base deste princípio. A perfeita igualdade de estados foi claramente inscrita no direito internacional e surgiu na forma de um princípio legal no parágrafo 1 do Artigo 2 da Carta da ONU "As Nações Unidas se estabelecem com base no princípio da igualdade soberana de seus membros."¹⁰¹

A propósito destas afirmações, é pertinente apresentar o que cita a Carta das Nações Unidas¹⁰² a respeito da igualdade soberana entre Estados:

Artigo 2 - A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios:

1. A Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus Membros.
2. Todos os Membros, a fim de assegurarem para todos em geral os direitos e vantagens resultantes de sua qualidade de Membros, deverão cumprir de boa-fé as obrigações por eles assumidas de acordo com a presente Carta.

Valendo-se da base no princípio da segurança coletiva mundial, que estabelece o respeito a preceitos mínimos de convívio entre os Estados e observância para a efetivação no que tange à proteção aos direitos humanos, a ONU tem como propósitos a manutenção da paz e da segurança internacionais, além de oferecer parâmetros para a cooperação internacional, objetivando a solução de problemas de caráter humanitário e o desenvolvimento de relações conciliatórias entre os Estados.

Com tal fulcro, a ONU utiliza-se de princípios do Direito Internacional que servem para balizar e fortalecer seus objetivos de facilitar a cooperação jurídica entre os Estados, baseando-se prioritariamente nos princípios da igualdade soberana dos Estados-membros; da Boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais

¹⁰¹ MOSLEMI, Behrooz; BABAEIMEHR, Ali. Principle of Sovereign Equality of States in the Light of the Doctrine of Responsibility to Protect. *In: International Journal of Humanities and*

Cultural Studies. p. 690.

¹⁰² A Carta das Nações Unidas é o tratado que criou a Organização das Nações Unidas e foi assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, após o término da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, entrando em vigor a 24 de outubro daquele mesmo ano. O Estatuto da Corte Internacional de Justiça é parte integrante da Carta. Fonte: <https://nacoesunidas.org/carta/>. Acessado em <25/06/2018>

assumidas pelos Estados e na solução pacífica dos conflitos internacionais, almejando assim possibilitar o desenvolvimento e o progresso dos direitos humanos e sociais.

O princípio da igualdade soberana na Carta das Nações Unidas requer uma compreensão do conceito de justiça, como um conceito que alguns estudiosos consideraram equivalente à igualdade. Justiça pode ser assim considerada, de forma explícita ou implícita, a aplicação de normas de forma igualitária, como base para a sobrevivência da comunidade internacional. Sendo assim, a Soberania dentro do significado de estado e seus elementos, somente quando pode sobreviver longe de conflitos, assédio e agressão para com os outros que colocam suas regras com base na igualdade e justiça, como explicam Behrooz Moslemi e Ali Babaeimehr.¹⁰³

A questão da igualdade dos Estados, para Luigi Ferrajoli, é vista como

“[...] a ideia da igualdade dos Estados como sujeitos igualmente soberanos está em contraste com aquela da sua sujeição ao direito e, ao mesmo tempo, é desmentida pelas suas desigualdades concretas e pelo papel dominante das grandes potências [...]”¹⁰⁴

E, complementa ainda, sobre os limites à soberania que,

Com a consolidação dos Estados nacionais e com sua plena autonomização dos vínculos ideológicos e religiosos, que haviam cimentado a *civitas christiana* (nação cristã) sob a égide da Igreja e do Império, cai todo e qualquer limite à soberania estatal e se completa, com sua plena secularização, sua total absolutização. Estes dois processos – secularização e absolutização – envolvem ambas as dimensões da soberania, a externa e a interna, e compõem um todo com a formação da ideia moderna do Estado como pessoa artificial, fonte exclusiva do direito e, ao mesmo tempo, livre do direito.¹⁰⁵

¹⁰³ MOSLEMI, Behrooz; BABAEIMEHR, Ali. Principle of Sovereign Equality of States in the Light of the Doctrine of Responsibility to Protect. *In: International Journal of Humanities and Cultural Studies*. p. 690.

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 15.

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. p. 17.

A submissão que existia da autoridade universal do imperador e do papa é afastada e sucedida pela autoridade de uma Sociedade Internacional dos Estados nacionais, compreendidos como sujeitos jurídicos independentes e igualmente soberanos, mas submissos a um único direito das gentes.¹⁰⁶

O Direito Internacional precisa promover mecanismos para ampliar a eficácia do Direito Transnacional, já que o Estado está perdendo seu poder centralizador de resolução de problemas nas suas Relações Internacionais. O aumento da mutualidade dos sujeitos pertencentes ao Sistema Internacional está buscando, cada vez mais, alternativas e fortalecimento nas decisões já alcançadas para valer-se de meios, através de regras e praxes mundiais, que visem a mais integração e inclusão, promovendo e protegendo as normas de defesa dos Direitos Humanos em caráter universal.

Compreende-se assim, a necessidade de verificar a importância do Constitucionalismo como elo que fortalecerá as conduções jurídicas em âmbito Constitucional universal para esta proteção de Direitos Humanos e manutenção da dignidade da pessoa humana. De tal feita, no capítulo seguinte, evidenciamos a relevância e fundamentalidade do Constitucionalismo perante a crise teórica do Estado e perante o fenômeno da Globalização e da Transnacionalidade, como elemento essencial para a boa condução das garantias e segurança jurídica ao homem.

¹⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. p. 8.

Capítulo 2

CONSTITUCIONALISMO E A CRISE TEÓRICA DO ESTADO ANTE O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO E A TRANSNACIONALIDADE

2.1 A IMPORTÂNCIA DO CONSTITUCIONALISMO

O Constitucionalismo pode ser compreendido como o estudo e apreciação das formas de aplicação no sistema da evolução constitucional, para garantir os direitos individuais e coletivos do homem, através de um poder soberano, que responde pelas necessidades e vontades daqueles que representa.

O Constitucionalismo está inserido nas normas fundamentais do ordenamento jurídico de um determinado Estado, valorizando o topo da pirâmide desse ordenamento, que seria a Constituição. Assistirá, portanto, como modo de limitação do poder para garantir os direitos e garantias individuais estabelecidos na própria Constituição, impedindo o uso arbitrário do poder do Estado para suas consecuições de interesses que não visem aos interesses da coletividade.

De tal feita, uma Constituição não tem unicamente o propósito de criar, estruturar e regular os poderes do governo. Deve também limitá-los, a fim de proteger os direitos fundamentais e as liberdades individuais.

A evolução histórica do Constitucionalismo¹⁰⁷ representa o surgimento das civilizações antigas atrelada ao desenvolvimento do homem diretamente

¹⁰⁷ Não é objetivo da presente pesquisa ater-se à origem e evolução histórica do Constitucionalismo, pois não é o foco do presente estudo. No entanto, entende-se necessário apresentar, resumidamente, as fases ou classificação do Constitucionalismo, em razão de sua importância histórica. São reconhecidas, assim, como fases e características históricas do Constitucionalismo, as especificadas a seguir: Constitucionalismo PRIMITIVO: teve seu início com as primeiras coletividades humanas, as quais eram geralmente ágrafas, reguladas por costumes teocráticos. São citados como precursores do Constitucionalismo, os hebreus, desenvolvendo o entendimento que os profetas teriam competência para limiar os poderes dos governantes. • Constitucionalismo ANTIGO: a antiguidade greco-latina é uma fonte importante do constitucionalismo e para o direito público. Na Grécia antiga vigorou uma forma de organização política denominada de “polis”. As cidades podem ser visualizadas como importantes formas de reconhecimento dos cidadãos, sobretudo nas cidades-Estado que seguiam o modelo de Atenas de democracia direta. Em Roma, embora não houvesse Constituições escritas nem controle de constitucionalidade, havia uma valorização do parlamento e algumas

conectada à evolução do direito, primeiramente para imposição de regras e, posteriormente, para garantias de direitos alcançados. De tal forma, a evolução do Direito Constitucional ocidental teve, em seu primeiro momento, a lenta transformação do poder do Estado no Estado de Direito, de um Estado onde o poder arbitrário da essência divina foi dar lugar a um poder político baseado em um pacto social (encontrado em uma Constituição), e então, sujeito à lei. Num segundo momento, a esta sujeição do Estado para a lei, o princípio da separação de poderes e institucionalização dos Direitos Humanos que contribuam para a democratização do Estado.

A partir da análise deste núcleo de pensamento, é possível entender o Constitucionalismo como complexo dos princípios e regras que distinguem a forma de

especificações que limitavam o poder dos governantes. O Estado tinha funções limitadas a questões essenciais para sua sobrevivência: guerra, punição dos delitos mais graves e, naturalmente, a observância das regras religiosas. O primeiro sistema jurídico romano é o *ius quiritium* (VIII-V a.C.), que regula prioritariamente as relações entre as famílias, e pouco regula as relações dentro das famílias. O objetivo do *ius quiritium* era assegurar a pacífica convivência entre as famílias na *civitas*. • Constitucionalismo MEDIEVAL: período marcado por uma profunda fragmentação política econômica e cultural. Panorama fragmentário, desenvolvendo o feudalismo, onde os senhores feudais exerciam não só o poder econômico, mas também o poder político, marcado pela prevalência do poder da Igreja. Considerado um direito complexo, factual, marcado pela práxis e pela valorização dos costumes; multiplicidade de fontes de produção do direito. O fato social torna-se direito não pelo reconhecimento de uma vontade política, mas pela sua efetividade sobre a experiência jurídica, respeito pela real dinâmica social. • Constitucionalismo INGLÊS – Magna Carta Libertatum – considerada uma Constituição porque estabeleceu uma limitação ao poder do Rei, garantindo o direito de propriedade, sobretudo da burguesia. *Petition of right*, *bill of rights* são exemplos de pactos escritos que foram moldando o constitucionalismo inglês, com a progressiva limitação do poder dos governantes e poder da burguesia. Constitucionalismo MODERNO: Surge o monismo jurídico, que é a pretensão de um Direito único, estabelecido pelo Estado enquanto fonte única do Direito, por meio da vontade do legislador/soberano. O Direito passa então a ser identificado como a legislação (norma escrita) posta pela autoridade revestida com o poder máximo e, portanto, a ser visto como criação do Estado (XVI e o XVII). É fruto da nacionalização dos Estados, com a sua secularização e unidade que reforçam o poder do soberano que passa então a ver o Direito como instrumento de poder e a reivindicá-lo. A passagem do direito natural teológico para o direito natural racionalista ocorre particularmente pela Escola clássica espanhola (2º escolástica XVI-XVII), com a necessidade de cunhar um Direito natural válido para cristãos e pagãos. São difundidos os fundamentos jurídicos das relações entre os diferentes povos de uma comunidade política, baseada no direito natural e regida pelo *ius gentium*. As revoluções (Revolução gloriosa 1685-1689; Revolução americana 1776-1783; Revolução francesa 1789-1799) e a busca pela "soberania popular" da burguesia é contrária à monarquia absolutista, e nasce o poder constituinte (poder de mudar a forma de organização do Estado, seus poderes, direitos e garantias individuais). Com as revoluções, observa-se o surgimento e a construção do constitucionalismo, conjunto de doutrinas que, a partir da metade do século XVII, tentaram limitar os poderes do Estado e assegurar os direitos e garantias individuais através de uma Constituição escrita. Fontes: WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma História das Ideias jurídicas**. Da Antiguidade Clássica à Modernidade. Florianópolis: Boiteux, 2006.; CATONI, Marcelo. **Constitucionalismo e Historia do Direito**. Curitiba: Pergamum, 2011.p. 153-169.

governo denominada constitucional, surgindo como uma reação ao Estado Absoluto e baseada em um conjunto de regras estáveis, escritas e contidas em uma Constituição. Em um sentido amplo, o Constitucionalismo foi identificado com a "técnica da liberdade", isto é, com aquela técnica legal pela qual os cidadãos têm garantido o exercício de seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, o Estado é impedido de violá-los.

Constitucional é, portanto, a forma de Estado baseada na divisão de poderes (executivo, legislativo e judicial), que historicamente substituiu a monarquia absoluta, na qual todo o poder estava concentrado nas mãos do rei, cuja identificação com o conceito de separação de poderes é a mais comumente difundida e aceita. Tem suas pressuposições ideológicas na tradição britânica dos séculos XVII e XVIII e no pensamento de Montesquieu, bem como precedentes com autoridade nos princípios inspiradores da revolução inglesa de 1688 e nas constituições francesas.¹⁰⁸ Sob esse enfoque, Maurizio Fioravanti¹⁰⁹ considera que,

Las revoluciones del fin del siglo XVIII, primero la americana y después la francesa, representan en este sentido un momento decisivo en la historia del constitucionalismo, porque sitúan en primer plano un nuevo concepto y una nueva práctica que están destinados a poner en discusión la oposición entre la tradición constitucionalista y la soberanía popular.

Com o tempo e com a mudança das situações sociais e políticas, no entanto, as convenções do Constitucionalismo diferentes daquelas baseadas na divisão de poderes foram formalizadas. Na visão "garantista" teorizada por Benjamin Constant, o Constitucionalismo aparece essencialmente como a necessidade de

¹⁰⁸ MATTEUCCI, Nicola. **Organizzazione del potere e libertà**. Storia del costituzionalismo moderno. Bologna: Mulino, 2016. 312 p. pgs. 115-117.

¹⁰⁹ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2007. 169 p. p. 103. Livre tradução da autora: "As revoluções do final do século XVIII, primeiro a Americana e depois a Francesa, representam nesse sentido um momento decisivo na história do constitucionalismo, pois colocam em primeiro plano um novo conceito e uma nova prática destinadas a trazer à discussão a oposição entre a tradição constitucionalista e a soberania popular."

proteger, em nível Constitucional, os direitos fundamentais do indivíduo através da delimitação de uma esfera de autonomia impedida à intervenção do poder estatal.

Segundo Constant, o respeito pelos direitos do indivíduo é garantido pela completa liberdade política. Essa ideia, porém, falta no conceito alemão do Constitucionalismo no conteúdo ideal da lei, nascido na Prússia em 1700 e aperfeiçoado no final do século XIX. De acordo com esta teoria, o repositório da Soberania é o Estado (não o rei nem o povo), que persegue seus objetivos apenas nas formas e limites da lei. Nesta interpretação, no entanto, ela não tem a dialética necessária entre poder e indivíduos que caracterizaram toda a história do Constitucionalismo, reaparecendo em algumas teorias posteriores que identificam a limitação do poder político através da lei (especialmente a lei basilar, ou seja, a Constituição), marca das Democracias Constitucionais modernas.¹¹⁰

No entanto, é somente com a afirmação do Estado Democrático que, ao lado da questão da limitação do poder, o papel da legitimação do poder assume importância central. Em particular, é fundamental para o Constitucionalismo do século XX a afirmação de uma pluralidade de tarefas que estão a ser assumidas pelas autoridades públicas, com a superação simultânea da concepção liberal do século XIX da Constituição como um mero limite para o poder. De todo modo, o advento do Constitucionalismo em um determinado Estado depende não apenas de eventos políticos que pontuaram sua história, mas também de valores filosóficos e políticos que foram defendidos durante séculos.

A Democracia Constitucional, fundada, por um lado, no princípio da Soberania Popular¹¹¹, mas também, ao mesmo tempo, na garantia dos direitos constitucionais, deve ser fiscalizada e orientada por um órgão competente juridicamente para resoluções de conflitos de ordem constitucional, e que possa atingir e usar as delimitações positivas na Constituição que foram fortalecidas com a

¹¹⁰ MATTEUCCI, Nicola. **Organizzazione del potere e libertà**. Storia del costituzionalismo moderno. pgs. 119-120.

¹¹¹ Para Rousseau, uma vez que a lei é a expressão da vontade geral, é o único padrão legal que possui legitimidade.

evolução do Constitucionalismo. Esse órgão de competência jurídica pode ser denominado Tribunal Constitucional.

No sentido histórico-descritivo, apresenta-se o *constitucionalismo moderno* para nomear o movimento político, social e cultural que, principalmente a partir de meados do século XVIII, examina nos planos político, filosófico e jurídico os modelos tradicionais de *domínio político*, propondo a concepção de uma nova forma de disposição e fundamentação do poder político.¹¹² De tal forma que: “Os temas centrais do Constitucionalismo são, pois, a *fundação e legitimação* do poder político e a *constitucionalização das liberdades*.”¹¹³

De fato, o Constitucionalismo é uma categoria que, com base em alguns princípios legais, serve para garantir uma ordem política através da Constituição. Por conseguinte, é possível definir, conforme Matteucci, como a técnica jurídica da liberdade.¹¹⁴

O constitucionalismo apresenta-se inicialmente como *semântica* político-jurídica que reflete a pressão estrutural por diferenciação entre política e direito no âmbito da emergente sociedade multicêntrica da modernidade. Mas a semântica constitucionalista reagiu construtivamente no plano das estruturas, servindo como “ideologia” revolucionária para o surgimento das Constituições como artefatos possibilitadores e asseguradores da diferença entre sistemas político e jurídico.¹¹⁵

Paralelamente, para Maurizio Fioravanti¹¹⁶, “El constitucionalismo es concebido como el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad

¹¹² CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 52.

¹¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 55.

¹¹⁴ CASTELLANO, Danilo. **Costituzione e costituzionalismo**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013. p. 48.

¹¹⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. 358p. p. 53.

¹¹⁶ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. P. 85. Livre tradução da autora: “O constitucionalismo é concebido como o conjunto de doutrinas que, aproximadamente a partir de meados do século XVII, se dedicaram a recuperar no horizonte da constituição dos Modernos, o aspecto do limite e da garantia.”

del siglo XVII se han dedicado a recuperar em el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del limite y de la garantia.”

Trata-se, portanto, de uma evolução político-social da Constituição construída em bases históricas não tão longínquas, que possibilitaram a prevenção contra novos atos de poder por parte dos representantes do povo, que pudessem retroceder ao Estado Absolutista.

Na atualidade, para não se ater ao contexto histórico, podem-se destacar certas características dessa evolução da ordem jurídica, como a maior preocupação com a garantia dos direitos e liberdades do homem e a preservação da dignidade da pessoa humana, em razão do pós segunda guerra, o avigoreamento do poder judiciário, que passa a atuar lado a lado dos poderes executivo e legislativo, com maior jurisdição política, e o maior reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais como garantidores dos direitos fundamentais.

O Constitucionalismo como modo de pensar esteve intimamente ligado à existência e à ideia do Estado-nação e sua soberania. O Constitucionalismo tem sido visto também como uma expressão vital da linha divisória entre Estados-nação Soberanos por um lado, e a Sociedade internacional por outro lado, e a ordem política à qual isso está ligado. Constituições têm sido vistas como uma expressão quase necessária da Soberania Nacional. Na maioria dos casos, as Constituições são escritas e dadas positivamente, mas também são “vivas” e praticadas.¹¹⁷

Num significado mais ideológico, Francesco Viola observa que o tempo permitiu seu enriquecimento com outras especificações, abrindo-se ao componente democrático e ao perfil dos direitos sociais. Assim, pode-se falar de "constitucionalismo", com acentuação nos valores constitucionais dominantes, como a diferença entre a Constituição liberal-democrática e a Constituição social-democrata.¹¹⁸

¹¹⁷ SANDE, Inger-Johanne. **From National Sovereignty to International and Global Cooperation: The Changing Context and Challenges of Constitutional Law in a Global Society.** Estocolmo: Scandinavian Studies in Law, Vol. 52, 2007, p. 274-298. p. 274.

¹¹⁸ VIOLA, Francesco. *Costituzione e Costituzionalismi.* In: **Iustitia**, 62 (2), 2009. P. 247-255. p. 247.

Atualmente, sempre na esteira desse significado ideológico, tem se falado de "neoconstitucionalismo", cujo conteúdo de valor não é diferente do anterior, mas possui outros fundamentos, especialmente após o desenvolvimento da constitucionalidade. Isso destacou o caráter moral dos valores constitucionais, fazendo repensar o antigo problema da conexão entre lei e moralidade e o fato de que o direito interno, a normatividade e o direito positivo exercem em relação a si mesmos.¹¹⁹

Considerando que as Constituições também são sobre princípios e regras que são consideradas duradouras, a interpretação é frequentemente vital. A Democracia, a prática das instituições democráticas e a prática dos direitos humanos também foram, no período da modernidade, expressas de forma significativa por ou através das instituições dos Estados-nação e de suas eleições democráticas. As instituições inter e Transnacionais apenas se basearam indiretamente nas representações democráticas dos Estados-Nação, mas contribuíram mais diretamente para as ideias e a prática dos direitos humanos internacionalmente.¹²⁰ "Um mundo dominado por Estados nacionais está de fato em transição para constelação pós-nacional de uma sociedade mundial."¹²¹

O que de fato está ocorrendo é que partes significativas das competências constitucionais das autoridades nacionais foram transferidas para organizações Supranacionais ou estão sendo conduzidas de fato como parte e no contexto de negociações internacionais e obrigações das autoridades nacionais e organizações internacionais em conjunto. Além disso, quando os tratados internacionais estão sem sanções legais, existe hoje uma crescente pressão política, econômica e simbólica para decretar e respeitar os tratados. Tarefas vitais também são assumidas por organizações e mercados Transnacionais.¹²²

¹¹⁹ VIOLA, Francesco. *Costituzione e Costituzionalismi*. p. 248.

¹²⁰ SANDE, Inger-Johanne. **From National Sovereignty to International and Global Cooperation: The Changing Context and Challenges of Constitutional Law in a Global Society**. p. 274.

¹²¹ HABERMAS, Jürgen. **O Ocidente Dividido: pequenos escritos políticos X**. p. 163.

¹²² SANDE, Inger-Johanne. **From National Sovereignty to International and Global Cooperation: The Changing Context and Challenges of Constitutional Law in a Global Society**. p. 275.

De tal feita, o Transconstitucionalismo vem caracterizado por um Constitucionalismo ocupado em encontrar soluções para os problemas de ordem jurídico-constitucional. Sob esse aspecto, quando houver divergências relacionadas a Direitos Humanos ou a Direitos Fundamentais, as decisões e julgamentos Transnacionais deverão valer-se de diversas ordens jurídicas para alcançar o julgamento mais justo possível, sendo considerado que a “conversação” constitucional se torna indispensável para atingir tal objetivo.¹²³

As constituições nacionais da maioria dos Estados Europeus foram originalmente criadas em um momento diferente, quando o foco era a Soberania, independência e solução de problemas de base nacional. Hoje, a tomada de decisão legal e política foi adaptada às dinâmicas cada vez mais globais, internacionais e regionais e às necessidades de resolução de problemas entre fronteiras. O que foi previamente entendido pelos poderes constitucionais (em um sentido material), agora é alterado e distribuído entre várias organizações.¹²⁴

Há também uma divergência significativa entre os poderes formal e funcional. Os poderes nacionais Soberanos e Constitucionais como expressões do governo funcional foram suplementados por tratados, competências e organizações inter e supranacionais e também por redes Transnacionais e transgovernamentais. Há necessidade de uma elaboração jurídica adicional sobre as combinações de Constituições nacionais e regimes jurídicos inter, Supranacionais e Transnacionais.¹²⁵

Dentro do campo positivista, os ataques às concepções estatistas e soberanas de direito público por autores como Hart ou Hans Kelsen¹²⁶ são

¹²³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 129.

¹²⁴ SANDE, Inger-Johanne. **From National Sovereignty to International and Global Cooperation: The Changing Context and Challenges of Constitutional Law in a Global Society**. p. 298.

¹²⁵ SANDE, Inger-Johanne. **From National Sovereignty to International and Global Cooperation: The Changing Context and Challenges of Constitutional Law in a Global Society**. p. 298.

¹²⁶ A teoria do direito de Hans Kelsen representa, ao lado do realismo, um dos dois ramos do moderno do juspositivismo, conhecido como normativismo, que ele mesmo chamou de "teoria pura do direito". É dado como uma teoria científica que se limita a descrever seu objeto, o direito positivo, e que é, portanto, "puro" de qualquer juízo de valor. Pureza, no entanto, diz respeito apenas à metodologia. A lei, por sua vez, não é pura porque expressa escolhas morais e políticas. A doutrina kelseniana pura parece, assim, duplamente política: por um lado, ela se propõe a destacar a função ideológica do direito; por outro lado, na medida em que analisa dispositivos legais como meios para certos fins,

amplamente acreditados como bem sucedidos pois, nessa concepção, normas são os fundamentos da lei, não a "vontade do Estado Soberano".

Sinalizando em duas direções, os discursos do Constitucionalismo global são considerados, no entanto, muito heterogêneos. Alguns doutrinadores, com uma tendência sociológica ou "neo-kantiana"¹²⁷, são chamados de "monistas" e se prosseguem no legado do conceito de Constituição à Lei, ou na unidade de valores na fundação da lei. Contrariamente a essa vertente, estão as doutrinas chamadas "pluralistas" ou "multiníveis", que criticam o idealismo dos monistas e sugerem um discurso mais ponderado na reflexão da diversidade de relações existentes no cenário internacional.

Particularmente em razão da pesquisa ora apresentada, temos a tendência de seguir a segunda opção teórica, por entendermos que é capaz de aproximar-se mais das necessidades existentes na atualidade em âmbito global, mesmo sabedores da dificuldade de alcançar seu objetivo principal: organizar um Constitucionalismo em nível mundial respeitando as bases do Constitucionalismo nacional já estabelecidas.

Além disso, para a corrente realista do direito internacional, as relações internacionais ainda dependeriam em grande parte das relações interestatais. Reminiscente de um momento histórico de otimismo utópico sobre a construção de

pode servir como base para o desenvolvimento de uma técnica legal genuína. Fonte: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. 448 p.

¹²⁷ Movimento filosófico desenvolvido na Alemanha no final do século XIX e início do século XX que, com base na filosofia crítica de Kant, procura superar o positivismo, o materialismo e o construtivismo romântico por uma consideração crítica da ciência e da fundamentação epistemológica do conhecimento. A escola mais importante neo-kantiana é a de Marburg fundadas por Hermann Cohen e Paul Natorp e Baden, criado por Wilhelm Windelband e conta como principal representante com Heinrich Rickert. As abordagens neokantianas desenvolvidas fora da Alemanha são geralmente conhecidas como neocrítica, embora na maioria das vezes ambos os termos sejam equivalentes. O kantismo, também chamado de crítica, é uma das principais correntes filosóficas da era contemporânea, levou a várias tendências contraditórias, como por exemplo: idealismo alemão, irracionalismo, positivismo; aqueles que dependem de diferentes interpretações do idealismo transcendental de Kant. As correntes neokantianas proclamam o retorno e a fidelidade ao kantismo original. Fonte: VON BERNATH, **Javier Wilenmann**. **El Camino de la Teoría Pura del Derecho** - la obra de kelsen en el contexto de la filosofía del derecho del siglo XIX y del neokantismo. Santiago/Chile: Revista de Estudios de la Justicia, N° 20, mayo, Año 2014, pgs. 35-65.

uma sociedade global, o constitucionalismo global seria destituído de significado conceitual.

As objeções levantadas pelo Constitucionalismo global são proporcionais à grande repercussão com possibilidade de ascensão. Uma das fragilidades epistemológicas está na confusão entre os aspectos descritivos e normativos dos discursos teóricos apresentados. Para o uso da linguagem do Constitucionalismo, não se deve pautar a discussão na ausência de normatividade, ao contrário, seria a proposta de reforçar a legitimidade da ordem internacional, garantindo a participação efetiva dos poderes políticos nacionais e os interesses internos de sua nação.

A complexidade de tal missão é tamanha que somente a discussão já gera muita divergência. Estabelecer a prática de tais parâmetros requer muito diálogo e disponibilidade para repensar certos padrões de Soberania (e, portanto, de poder) hoje existentes.

2.2 SUPRANACIONALIDADE E CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL

Embora o termo já estivesse presente em alguns autores medievais desde a segunda metade do século XIII, a Soberania ainda é uma ideia característica da modernidade: ligada ao nascimento, ao Renascimento e à Reforma do Estado Europeu Moderno. O Estado Moderno firma-se entre os séculos XVI e XVII com algumas características que o diferenciam nitidamente da ordem política medieval: é um estado territorial, nacional, tendencialmente secular e dotado de estruturas reguladoras e administrativas centralizadas. E é um estado soberano, no sentido de que, ao contrário das monarquias cristãs medievais e do próprio império cristão, é independente de qualquer poder político ou religioso existente fora dele. Em sua formulação clássica, a noção de soberania é expressa como *suprema potestas superiorem non reconoscens*.¹²⁸

¹²⁸ ZOLO, Danilo. **I Signori della Pace**: uma crítica del globalismo giuridico. Roma: Carocci Editore, 1998. p. 107.

No que diz respeito às relações internacionais, o princípio da soberania absoluta dos estados nacionais é especificado nos termos do "modelo Westfaliano", que reconhece os sujeitos do direito internacional apenas como Estados e não se baseiam no reconhecimento internacional, mas em virtude do mero fato de sua conexão potestativa com um determinado território e da população assentada sobre ele. Não existe um "legislador internacional" dotado do poder de promulgar regras que sejam válidas *erga omnes*: a fonte do direito internacional é a autoridade soberana dos estados porque têm a competência jurídica para assinar tratados bilaterais ou multilaterais ou reconhecem a existência de normas consuetudinárias.¹²⁹

A Supranacionalidade enquanto ideologia contraria o conceito de Nacionalismo e entende que a Soberania absoluta da nação, representada pelo Estado Nacional, garante seus direitos constitucionais e protege seu território. Na atualidade, esse conceito de Soberania Estatal e de representação dos direitos nacionais está se direcionando, para alguns teóricos, para sua relativização, em razão da percepção de que os direitos e deveres estabelecidos nas constituições nacionais, bem como as políticas socioeconômicas adotadas pelos Estados Soberanos, estão à mercê de interferências externas tanto de ordem econômica quanto de ordem jurídica.

Nesse contexto, surgem instituições designadas como Transnacionais que têm como objetivo equilibrar o conceito de Estado Soberano Nacional para ampliar a atuação desse Estado em consonância com o interesse de outros Estados para buscar, em aspectos de ajuda mútua e objetivos comuns, minimizar os problemas mais complexos advindos com o fenômeno da Globalização e que estão agravando a segurança dos Estados.

Para abranger essa tentativa de minimizar os problemas comuns, a Supranacionalidade surgiria como um poder autônomo que abarcaria os escopos e propósitos similares de diversos Estados Soberanos, através de regras e decisões conjuntas que seriam internalizadas e aplicadas no âmbito jurídico de cada Nação participante do grupo de interesse.

¹²⁹ ZOLO, Danilo. **I Signori della Pace**: uma critica del globalismo giuridico. Pgs.112-113.

O clássico conceito de Soberania, na qual o Estado detém todo o poder no âmbito de seu território com suas normas e princípios jurídicos próprios, com uma política econômica propriamente sua e delimitações aos aspectos sociais e culturais da sua população, sem tolerar ou aceitar qualquer interferência externa aos seus ritos governamentais, está sendo relativizado em razão das modificações ocorridas na ordem política mundial, pontualmente em razão da Globalização e de suas repercussões, minimizando seu caráter absoluto e ponderando uma tentativa de homogeneização de determinadas ações e normas para harmonizar os interesses de vários Estados consoantes aos problemas comuns percebidos em escala global.

A modificação da percepção da Soberania Estatal para um movimento de declínio permitiu o surgimento da Supranacionalidade para revelar novos contornos de organizações políticas e jurídicas no contexto internacional, pois “A emergência da supranacionalidade responde às aspirações dos Estados ao perceberem o seu enfraquecimento no palco internacional, decorrência imediata da debilitação das soberanias nacionais [...]”.¹³⁰

Deve-se ressaltar que assinalada relativização não ocasionaria a renúncia dos poderes pelos Estados-Membros. Tal ação se daria através do estabelecimento da delegação de poderes constitucionais, como da Supranacionalidade, ficando seu poder pautado sobre temas e assuntos específicos, que seriam compostos por uma ordem jurídica superior. Nesse estágio evolutivo de normativas Supranacionais, pode-se atingir o grau de uma Constituição que possa alcançar mais de um Estado, denominado como um sistema de Constitucionalismo Multinível.

Na conceituação de Ingolf Pernice¹³¹, o Constitucionalismo multinível é uma abordagem teórica para conceituar a “Constituição” deste sistema como um processo interativo com a finalidade de estabelecer, organizar, compartilhar e limitar os poderes - um processo que envolve constituições nacionais e o quadro

¹³⁰ STELZER, Joana. **União Europeia e Supranacionalidade: desafio ou realidade?** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005. 196 p. p. 89.

¹³¹ PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism In Action. In: **The Columbia Journal of European Law**. Vol. 15, N. 3, Summer/2009. p. 349-407. p. 353.

constitucional supranacional como dois elementos interdependentes de um sistema jurídico. A Constituição Europeia, portanto, seria o nível progressivo e de desenvolvimento deste sistema multinível composto de Constituições nacionais, como base na evolução do direito primário europeu, como camada Constitucional complementar. Neste contexto, o Tratado de Lisboa, incluindo os esforços para colocá-lo em vigor, pode ser entendido como um caso de Constitucionalismo em ação.

No entanto, essa teoria é questionada por Janaína Santin¹³² no que se refere à transferência de legitimidade democrática, originariamente da população do Estado Nação:

A teoria de Ingolf Pernice do constitucionalismo multinível parte de uma ideia questionável, da transferência de legitimidade democrática dos cidadãos de cada um dos Estados-Membros para a União Europeia e suas instituições. Por certo, as decisões nos órgãos comunitários estão umbilicalmente ligadas às estruturas estatais, não sendo possível essa transferência de legitimidade. Trata-se de uma perda de qualidade democrática, em verdade. Porém, essa teoria tem o mérito de apontar a diversidade dos espaços institucionais da Europa e a desnecessidade de uma constituição comum, visto que outros caminhos chegam também a uma organização constitucional.”

A resposta a tal indagação, segundo Ingolf Pernice¹³³, é a de que, embora existam muitas definições do termo “Constituição”, a maioria refere-se a um instrumento legal com a autoridade específica para estabelecer, organizar e definir o governo de um Estado com base na lei, estando, geralmente, relacionado a um Estado. Sua proposição é olhar de maneira mais geral suas funções como um instrumento de sociedades organizando seus arranjos políticos e desmembrando-se do Estado. É o que o autor chama de conceito “pós-nacional”, isso incluiria todos os instrumentos - nacionais, subnacionais e supranacionais - para o estabelecimento, organização e limitação da autoridade pública, incluindo os poderes legislativo,

¹³² SANTIN, Janaína Rigo. O provedor de justiça europeu e a democratização das instituições comunitárias. *In: Revista Brasileira de Políticas Internacionais*. 55 (2): 152-169, 2012. p. 152.

¹³³ PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism In Action. *In: The Columbia Journal of European Law*. Vol. 15, N. 3, Summer/2009. p. 349-407. p. 365.

executivo e judicial das instituições, conforme definido instrumento criado pelas partes interessadas que as mantêm obrigadas para seu cumprimento.

A característica distintiva da Constituição em comparação com qualquer outra lei, portanto, é o seu caráter fundamental para estabelecer o original e básico da relação jurídica entre essas instituições e os indivíduos que, no caso de uma Constituição democrática, são considerados os autores e os destinatários de tais autoridades.¹³⁴

O que distingue este conceito pós-nacional da ideia clássica de uma Constituição tem dois motivos centrais. Primeiramente, conceito pós-nacional não é exclusivo, isto é, não inclui a totalidade de poderes e autoridade pública exercida num determinado território ou Sociedade. Isso permite conceituar sistemas federais como sistemas baseados em tipo de compartilhamento de poder entre os níveis inter-relacionados de autoridade pública, cada um baseado sobre sua própria Constituição. Em segundo lugar, não se baseia na pré-existência de um estado, ou em um povo pré-definido o qual - como o poder originário da Constituição - dá ao estado sua Constituição.¹³⁵ Essa concepção estimula a percepção de que a normativa estipulada pela Constituição é que moldará o Estado, e não o inverso.

Corroborando com a teoria de Ingolf Pernice de Constitucionalismo Multinível, entendido como um mecanismo a ser utilizado pelas Sociedades de forma a organizar e administrar seus propósitos políticos, separadamente do Estado, Giancarlo Rolla¹³⁶ considera que é uma tendência bastante comum para atribuir um poder de decisão mais amplo às autoridades políticas locais: não só é uma tendência geograficamente generalizada, mas também está ligada a uma ampla variedade de sistemas legais, incluindo sistemas unitários tradicionais. No entanto, é comum

¹³⁴ PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism In Action. *In: The Columbia Journal of European Law*. p. 365.

¹³⁵ PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism In Action. *In: The Columbia Journal of European Law*. p. 366.

¹³⁶ ROLLA, Giancarlo. El desarrollo del regionalismo asimétrico y el principio de autonomía en los nuevos sistemas constitucionales: un acercamiento comparativo. *In: Revista de derecho constitucional europeo*, Nº. 8, 2007, págs. 243-260. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2578863>. Acessado em: <05/09/2017>. p. 246-247.

diferenciá-lo dos sistemas constitucionais de múltiplos níveis, nos quais os sistemas jurídicos são reciprocamente autônomos, mesmo quando são mutuamente coordenados e em comunicação.

Numa perspectiva europeia, segundo Giancarlo Rolla, este fenômeno pode ser comparado às relações existentes entre a União Europeia e os seus Estados-Membros: especificamente, todas as relações intra-institucionais são definidas pela sua conformidade com as mesmas regras, isto é, leis homogêneas, medidas coordenadas, implementação de necessidades comuns, reconhecimento do princípio da subsidiariedade em relação à distribuição de competências.

Reforça-se que o Constitucionalismo Multinível baseia-se no reconhecimento de dois princípios institucionais. Primeiro, a unidade do sistema e a autonomia da comunidade local devem ser consideradas valores complementares, não antitéticos. Indubitavelmente, cada sistema territorial, embora Soberano, ainda pertence a um todo: o Estado e as comunidades locais dão origem a diferentes ordenações - isto é, ordenanças constitucionalmente independentes - que, não obstante, constituem um componente integrante do mesmo sistema de valores e regras à Constituição. Segundo, dentro de um constitucionalismo multinível, todos os níveis institucionais têm igual grau de dignidade institucional, dado que cada nível constitui um componente essencial desse sistema, mas também porque todos eles obtiveram validação constitucional.

Nesse sentido, J.J. Gomes Canotilho¹³⁷ observa que as mudanças e novas tendências relativas ao Constitucionalismo estão influenciando o moderno Direito Constitucional na União Europeia, que se tornou lei constitucional interjurisdiccionalizada no contexto do "constitucionalismo multinível". O "Direito Europeu" (em sentido amplo) é hoje produto de "conversas" entre tribunais (de todos os tipos, desde os tribunais de primeira instância até o Tribunal Europeu dos Direitos

¹³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Principios y "Nuevos Constitucionalismos" - el problema de los nuevos principios. In: **Revista de Derecho Constitucional Europeo**. Rioja/ES: Año 7. Núm. 14. julio-diciembre/2010. p. 321-364. p. 322.

do Homem e do Tribunal de Justiça da União Europeia, passando pelos tribunais superiores e tribunais constitucionais).

Nos ensinamentos de J.J. Gomes Canotilho, o “Constitucionalismo é a teoria ou ideologia que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.”¹³⁸ Segundo Matteuci, neste sentido, o Constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação de poder com fins garantísticos.

De tal feita, o constitucionalismo multinível (*multilevel constitutionalism*) foi desenvolvido no contexto da União Europeia, com alguns elementos básicos aqui especificados por Canotilho¹³⁹, referindo-se a um marco conceitual apresentado por Ingolf Pernice. Esses elementos básicos apontados por Canotilho seriam: (a) um conceito pós-nacional de Constituição; (b) compreender o processo de construção da União Europeia como um processo conduzido pelos seus cidadãos; (c) uma estreita relação entre as Constituições dos Estados-Membros e a Constituição Europeia; (d) compreensão da União Europeia como união de cidadãos europeus. O constitucionalismo em vários níveis levanta vários problemas, desde problemas metodológicos de aplicação de diferentes normas por diferentes agentes (legisladores, governos, tribunais) aos problemas do Supranacionalismo deliberativo, o qual é indispensável para a solução de conflitos de regras no âmbito do União Europeia.

A propósito destas afirmações, Canotilho¹⁴⁰ entende que muitos destes problemas são o resultado da interconstitucionalidade aberta: turbulências politicamente exógenas, reconfiguração das dimensões constitucionais clássicas através de sistemas organizacionais de natureza superior, articulação da coerência constitucional estatal com a diversidade de constituições inseridas na rede

¹³⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 51.

¹³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Principios y “Nuevos Constitucionalismos” - el problema de los nuevos principios. *In: Revista de Derecho Constitucional Europeo*. p. 328.

¹⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Principios y “Nuevos Constitucionalismos” - el problema de los nuevos principios. *In: Revista de Derecho Constitucional Europeo*. p. 329.

interconstitucional, criação de um esquema legal de confiança recíproca. A previsível evolução do Tratado de Lisboa será regida pela crescente judicialização dos problemas e pela procura de soluções para o proclamado déficit democrático em razão da ruptura com o modelo tradicional do federalismo.

Para Canotilho, a possibilidade de uma Constituição que possa abranger mais de um Estado nacional é possível em razão do princípio da universalidade:

Se a constituição procura um arrimo pré-formador ou pré-constitutivo, esse já não pode ser o do estado-pessoa soberano. Em primeiro lugar, ele não estaria em condições de explicar o crescente pluralismo social, os processos extrajudiciais e a pulverização dos princípios ordenadores. No plano externo, mostrar-se-á impotente para explicar o aparecimento de ordenamentos jurídicos supranacionais. Isso significa que o estado e a sua constituição estão feridos num princípio básico do seu discurso – o princípio da universalidade.¹⁴¹

Na percepção de Marcelo Neves¹⁴², ao se deparar com problemas de ordem constitucional no âmbito de uma Sociedade mundial complexa e com exigências e interesses divergentes provenientes de outras ordens jurídicas, a regra, que num primeiro momento se vê contrária ao Constitucionalismo, tende a avultar, em seu discurso, elementos constitucionais que visem encontrar a solução do caso ou do problema em análise.

Sob tal enfoque, o Transconstitucionalismo é apresentado como modelo de solução de controvérsias utilizando os diversos níveis de ordenamento jurídico (local, nacional, internacional, supranacional) para uma solução de forças convergentes, e não de embate:

Um mero desprezo à colisão tende a ter efeitos negativos em todas as direções, inclusive para a própria ordem que pretende desconhecer o respectivo entrelaçamento transconstitucional dos problemas comuns. Dessa maneira, o transconstitucionalismo apresenta-se como uma exigência funcional e uma pretensão normativa em um sistema mundial de níveis múltiplos.¹⁴³

¹⁴¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1331.

¹⁴² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 238.

¹⁴³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 238

Ao considerarmos tal perspectiva, deve-se salientar que a intersecção de ordenamentos Transconstitucionais podem apresentar-se de forma concomitante entre ordens estatais Supranacionais, internacionais, Transnacionais e locais, sempre que surja um problema jurídico constitucional importante para os interessados em um determinado caso. De modo geral, não necessariamente todos os tipos de ordem estarão envolvidos de forma simultânea prostrados para a resolução de um mesmo problema constitucional, mas é usual que mais de duas ordens jurídicas estejam, de tipos diversos ou não, para que possam realizar uma congruência transconstitucional perante casos jurídicos que lhes sejam de interesses comuns.¹⁴⁴

A interferência e influência externas através de organizações internacionais, por meio de tratados e convenções de nível internacional, trazem a permissibilidade do questionamento da modificação do modelo tradicional de Soberania estatal para um modelo de sistema político-jurídico, que possa abranger vários domínios, canalizando suas forças e motivações para um único organismo que detenha a personalidade jurídica legítima, que possua integridade jurídica para agir e intervir nos complexos problemas os quais possam atingir, concomitantemente, diversos Estados.

No cerne do profuso processo de mudança do modelo primário de diferenciação social em determinados âmbitos especiais da Sociedade moderna, que tinha suas bases na noção absolutista de Soberania, que possuía um tipo concentrado no hierárquico e transformando-se em funcional, perde o seu sentido em razão da influência decorrente dos movimentos pela separação do direito em relação à política.¹⁴⁵

Esse desenvolvimento não é linear: implicou reações e só se realizou plenamente em partes muito restritas do globo terrestre. Relacionou-se com o surgimento da Constituição como uma construção social da modernidade. A constituição é o mecanismo que possibilita a diferenciação entre política e direito no âmbito dos Estados; trata-se, porém, de um mecanismo cujo desenvolvimento depende de amplos

¹⁴⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 238.

¹⁴⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 56.

pressupostos sociais. Sem um contexto social de diferenciação funcional e de inclusão social, não há lugar para a Constituição como mecanismo de autonomia recíproca entre direito e política.¹⁴⁶

Da mesma forma que se propõe uma diferenciação entre política e direito, afastando a possibilidade de reutilização dos resquícios de um modelo absolutista de poder, preocupado com interesses e vontades do governante e ignorando as necessidades e anseios populares, pode-se dizer que ambos estão (política e direito) intrinsecamente ligados.

Ao tempo que o Ordenamento Jurídico deve coibir ações contrárias ao interesse da maioria, garantindo a solução de conflitos e os direitos adquiridos, a política permite a fluidez do processo democrático de tomada de decisão. Deve-se salientar que, dada a importância de formulação das leis, que não são criadas para se estabilizarem num plano teórico, sua organização jurídica está diretamente ligada ao poder político que a promove.

Hodiernamente, segundo Laura Lorello, este é o novo espaço global que não tem um conjunto de regras gerais e comuns, com base em regimes particulares, em uma relação de interação contínua e conexão recíproca. Qualquer forma de regulamentação global não poderia ser o resultado da produção regulatória de um único centro unitário; nem a soma dos conjuntos legais individuais e distintos. Caso contrário, ele deve se mover ao longo dos laços horizontais que se delineiam entre os vários âmbitos e seguem os desenvolvimentos da relação de colaboração entre eles.¹⁴⁷

No entanto, a elaboração de um princípio geral comum da ordem jurídica global deve ser sempre o resultado da comparação e composição das várias tradições culturais e constitucionais e da bagagem humana e profissional de cada juiz, propondo como o que possa ser depurado destes elementos, e não como sua soma, nem como

¹⁴⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 56.

¹⁴⁷ LORELLO, Laura. Ordine Giuridico Globale e Ruolo dello Stato. In: VIOLA, Francesco (Org.). **Lo Stato Costituzionale di Diritto e le Insidie del Pluralismo**. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2012. P. 175-204. p. 176.

a expressão majoritária de um ou de alguns. Somente dessa maneira será possível reconhecer, no todo ou em parte, as diferentes ordens e sistemas envolvidos, identidade e respeito pela diversidade. Somente dessa maneira, em essência, o princípio pode assumir a conotação comum e geral e se tornar um verdadeiro vínculo entre regimes múltiplos e diferentes.¹⁴⁸

Um exemplo emblemático de sistema Supranacional é a União Europeia, que desenvolve um modelo de Soberania participativa em governança multinível, na qual as decisões são tomadas segundo os interesses dos próprios Estados. Porém, ao se falar em níveis diversos de organizações administrativas e de ordem jurídica constitucional para Estados com interesses em comum, é necessário, para se alcançar tal processo de integração, que haja uma vontade política dos Estados para desenvolver as tratativas e discutir quais normas serão abrangidas pelas normativas Supranacionais, respectivas sanções e competência coatora para efetivação de tais normas.

A característica destacada para o surgimento da Supranacionalidade seria a delegação de competências e poderes, antes exercidos exclusivamente pelo Estado Soberano, delegados a órgãos com poderes constitucionais para intervir sobre determinada matéria de interesse desse grupo de Estados, que, livremente, cederiam sua Soberania em interesse do povo que representam.

Tal delegação de poderes e competências não seria definitiva, pois o Estado-membro poderia, a qualquer tempo, denunciar o órgão por abuso do poder ou não observância das normas estipuladas ou, ainda, por motivos de interesse estatal, de retirar-se do órgão comunitário.

Nesse segmento, ensina Dalmo de Abreu Dallari que o alicerce jurídico do Estado Federal é uma Constituição, e não um tratado. A união deve basear-se numa Constituição, de modo que todos os assuntos de interesse de qualquer dos membros da federação devam ser regidos conforme as normas constitucionais. De

¹⁴⁸ LORELLO, Laura. Ordine Giuridico Globale e Ruolo dello Stato. *In*: VIOLA, Francesco (Org.). **Lo Stato Costituzionale di Diritto e le Insidie del Pluralismo**. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2012. P. 175-204. p. 178-179.

outra parte, o tratado é considerado mais limitado, porque só regula as matérias que estão previstas nele de forma expressa, podendo ainda ser denunciado por qualquer dos membros, o que não é permitido com a Constituição.¹⁴⁹

De tal forma, entende-se que a Soberania é inalienável, não podendo ser “transferida” a outro organismo internacional ou Estado, sendo apenas delegadas algumas funções de comum acordo, objetivando o bem-estar e a segurança do povo de seu próprio Estado e o bem comum, atingindo os demais Estados participantes e, quiçá, alguns povos atingidos por problemas de ordem mundial.

Torna-se relevante destacar que alguns temas jurídicos de interesses globais passam a ser atingidos diretamente pelo interesse dos Estados na resolução de problemas que vêm se agravando em âmbito internacional e, por vezes, estão fora do seu âmbito de jurisdição (de um único Estado específico), de tal forma que a solução não poderá ser atribuída a somente um Estado ou a um governo, em razão de sua complexidade e pela abrangência de sua repercussão. É o caso dos Direitos Humanos, como assinala Darío Rodríguez:

El ejemplo de los Derechos Humanos muestra el modo en que el principio de soberanía tan propio del Estado nacional puede ser restringido. La idea de los “crímenes contra la humanidad” que pueden ser juzgados fuera de las fronteras de una determinada nación apunta con claridad en ese sentido.¹⁵⁰

De tal forma, pode-se observar um tipo de elaboração de regras que é usado como argumento político: por exemplo, para que o reconhecimento internacional de um governo dependa do seu respeito pelos Direitos Humanos. Desta forma, pode-se pensar em uma lei mundial em formação, com áreas mais

¹⁴⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 92.

¹⁵⁰ RODRÍGUEZ M, Darío. **Los límites del Estado en la Sociedad Mundial: de la política al derecho**. In: NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 37. Livre tradução da autora: O exemplo dos Direitos Humanos mostra o modo como o princípio da soberania, tão próprio do Estado nacional, pode ser restringido. A ideia dos “crimes contra a humanidade” que podem ser julgados fora das fronteiras de uma determinada nação aponta claramente nesse sentido.

desenvolvidas que os direitos nacionais, com diferenciações regionais, internas, paralelas a esse direito global.¹⁵¹

Estes aspectos reforçam que a época atual é uma época em que o grande perdedor parece ser precisamente o Estado nacional. As alianças regionais e o surgimento de tentativas separativas de etnias minoritárias subordinadas a Estados políticos dão a impressão de apontar no sentido de perda de importância do Estado nacional como símbolo de identificação.¹⁵²

2.3 O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO E A TRANSNACIONALIDADE

Com o surgimento do fenômeno da Globalização, muitas circunstâncias relacionadas a esse fenômeno propiciaram discussões sobre a necessidade de regulamentação para as atividades realizadas por órgãos, empresas e organismos públicos e privados de diversos países, com um enfoque diferenciado do que se vinha trabalhando até então enquanto direito internacional.

Os pleitos realizados no âmbito do direito internacional, quer seja no aspecto público ou privado, já não conseguem obter o suporte jurídico necessário fornecido pelo Estado-nação ao qual estão vinculados, pois a legislação interna de cada país, por vezes, não tem a amplitude necessária para alcançar a diversidade de demandas e questões que vão além do interesse entre duas partes (quer de particulares ou de Estados).

Os processos de Globalização, que ocorrem em escala global nos campos da política, economia, finanças e comunicações, são um vetor de transformação de relações internacionais e afetam as relações jurídicas dos Estados-nação e sua respectiva soberania. A Globalização expande a escala de experiências, comunicações e interações culturais em nível global e, ao mesmo tempo, expõe a

¹⁵¹ RODRÍGUEZ M, Darío. **Los limites del Estado en la Sociedad Mundial**: de la política al derecho. p. 38.

¹⁵² RODRÍGUEZ M, Darío. **Los limites del Estado en la Sociedad Mundial**: de la política al derecho. p. 33.

arena política nacional à influência das forças difíceis de controlar dos mercados globais.¹⁵³

Uma primeira consequência significativa em termos da "Soberania", segundo Danilo Zolo¹⁵⁴, é a política e jurídica dos Estados e a crescente pressão de leis e jurisdições supranacionais que limitam a soberania dos estados nacionais, especialmente aqueles que não estão no topo da hierarquia política e da economia internacional. Nesta situação, exclui-se que seja possível criar um sistema jurídico internacional que não seja estritamente hierárquico e que não negue o próprio princípio de "igualdade soberana" dos estados, embora formalmente reafirmado pela Carta das Nações Unidas. Por outro lado, argumenta-se que a função dos Estados-Nação e de sua soberania, embora limitada, não pode ser declarada obsoleta de forma precipitada. A proteção da diversidade cultural, a proteção dos direitos subjetivos com base no Estado de Direito e a legitimidade dos Estados como sujeitos do direito internacional, continuam a depender das relações enquanto Estado "Soberano" que os próprios Estados mantêm com seu território e com a população.

Uma segunda consequência da Globalização diz respeito, de modo mais geral, à estrutura das instituições internacionais - em primeiro lugar, às Nações Unidas e à União Europeia - e em sua relação com a jurisdição interna dos Estados. Os processos de sustentação da integração em curso requerem uma superação definitiva do "modelo de Westfália" e a passagem para uma "organização internacional na qual se concentra um poder político e militar significativo capaz de decidir a agenda internacional, iniciando do problema da guerra e da paz. Propõe-se essencialmente que o velho modelo westfaliano de Estados Soberanos substitua totalmente o chamado "Modelo da Carta das Nações Unidas", que veio à tona com base no pacto normativo da Carta das Nações Unidas.¹⁵⁵

De acordo com este modelo, os sujeitos do direito internacional não são apenas os Estados Nacionais, mas também as organizações internacionais

¹⁵³ ZOLO, Danilo. **I Signori della Pace**: uma crítica del globalismo giuridico. P. 123.

¹⁵⁴ ZOLO, Danilo. **I Signori della Pace**: uma crítica del globalismo giuridico. P. 124.

¹⁵⁵ ZOLO, Danilo. **I Signori della Pace**: uma crítica del globalismo giuridico. P. 125.

(particularmente as Nações Unidas). E, nesse contexto, um papel, embora muito limitado, também é dado a indivíduos, organizações não-governamentais e povos com estruturas representativas. Enquanto isso, normas internacionais vêm gradualmente entrando em vigor, tentando obrigar os Estados a respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos: em suma, houve uma "erosão parcial da soberania jurídica interna", e foram estabelecidos verdadeiros "princípios gerais" do ordenamento jurídico internacional que não apenas são considerados vinculantes para todos os Estados, mas, pelo menos teoricamente, prevalecem, como *jus cogens* inderrogáveis, sobre os tratados e normas costumeiros.

Na perspectiva de Danilo Zolo¹⁵⁶, o direito internacional deve visar à Constituição de uma "sociedade jurídica" capaz de coordenar os assuntos da política internacional de acordo com uma lógica de conformidade regulatória com as competências dos sistemas estatais. Isto quer dizer que, ao conceder uma quantidade mínima de poder, propriamente Supranacional aos órgãos centralizados, e permitindo um recurso mínimo de intervenções coercitivas que não são autorizadas pela comunidade internacional com base na "soberania igualitária" de todos os seus membros, teremos o que Danilo Zolo denomina de "diritto sovranazionale minimo" (direito mínimo supranacional).

Philip Jessup, quando iniciou seus estudos sobre a dificuldade de atender juridicamente os inúmeros casos jurídicos que se apresentavam frente ao Estado Democrático de Direito, observou que nos casos Transnacionais usualmente levantados por via diplomática, considerados genuinamente internacionais, o componente comum processual é, de modo geral, o fato de que um cidadão particular de determinado país está em disputa jurídica com o governo de outro país.¹⁵⁷

Em razão dos problemas apresentados no contexto internacional e no sentido de que, invariavelmente, os problemas jurídicos que surgiriam não estariam mais contemplados efetivamente pelo direito internacional, necessariamente se

¹⁵⁶ ZOLO, Danilo. **I Signori della Pace**: uma crítica del globalismo giuridico. P. 146.

¹⁵⁷ JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Trad. Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965. p. 57.

deveria pensar nas questões de resolução de conflitos jurídicos e discuti-los de forma mais abrangente.

Foi a partir dessa constatação que Jessup cunhou o termo Direito Transnacional para embasar a teoria de que o Direito deve ser mais amplo do que a simples relação entre duas partes divergentes. Jessup explica didaticamente a necessidade de um Direito Transnacional em razão da escassez de consistência do Direito Internacional frente aos novos problemas de ordem mundial:

Parte da dificuldade em analisar os problemas da comunidade mundial e o direito que os regula consiste na falta de uma palavra apropriada para desigualar as normas em discussão. Assim como a palavra “internacional” é inadequada para definir o problema, também a expressão “direito internacional” o é, [...] eu usarei, em lugar de “direito internacional”, a expressão “direito transnacional” para incluir todas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem fronteiras nacionais. Tanto o direito público quanto o privado estão compreendidos, como outras normas que não se enquadram nessas categorias clássicas.¹⁵⁸

O Estado-Nação já não possui mais o mesmo controle habitual enquanto organismo singular de iniciativa econômica, social e política. A acentuada gama de transações e interações que se sobrepõem às fronteiras nacionais e as práticas Transnacionais que vêm aumentando gradativamente estão desgastando a competência do Estado-nação para administrar os fluxos de pessoas, bens, capital ou ideias.¹⁵⁹

Hodiernamente, as estruturas políticas e jurídicas dos Estados estão se tornando desgastadas por utilizar-se de velhas formas de resolução de conflitos internacionais que já não atingem a dimensão do problema factualmente, pois uma ação ocorrida em um determinado Estado pode atingir vários Estados e, conseqüentemente, várias pessoas no planeta. É o caso dos crimes virtuais, do terrorismo e de crimes ambientais.

¹⁵⁸ JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Trad. Carlos Ramires Pinheiro da Silva. p. 11-12.

¹⁵⁹ SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **A Globalização e as Ciências Sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 36.

Não há possibilidade de fechar os olhos para os problemas que atingem a humanidade na atualidade e tampouco tentar solucionar juridicamente situações de ponto a ponto, ou seja, de legislação internacional de um Estado para legislação internacional de outro Estado - essa limitação está se demonstrando cada vez mais débil e inconsistente. Compreende-se, assim que,

[...] com a irreversibilidade de tal processo (globalização), configura-se uma substancial ruptura com os paradigmas clássicos estabelecidos. Conceitos como os de constituição, constitucionalismo, soberania, Estado-Nação, obrigações internacionais dos Estados, organizações políticas supra-estatais, organizações regionais e outros sofrem modificações inquietantes e de problemática assimilação pelos cientistas políticos e juristas. Estes precisam modificar a sua tradicional análise dos fenômenos que trabalham para construir novos paradigmas e novas teorias que possam explicar adequadamente os mesmos e influenciarem na sua conformação.¹⁶⁰

De tal forma, torna-se essencial definir quais serão as autoridades nacionais que podem legitimamente enfrentar situações de ordem Transnacional, a ponto de serem reconhecidas por autoridades de outros Estados, aprovando e admitindo tal exercício de autoridade, bem como os resultados dos julgamentos realizados. As antigas bases tradicionais da territorialidade, nacionalidade e semelhantes possuem boa fundamentação histórica, mas já não justificam a manutenção de suas decisões com base na proteção da origem e da história de determinado território, utilizando-se, muitas vezes, de ficções legais.¹⁶¹

A partir da análise deste núcleo de pensamento, constata-se que estamos diante de um direito que anseia projeção para além das áreas territoriais delimitadas espacialmente para os Estados-nação, pois existe uma constante necessidade de compartilhamento de experiências e conhecimentos jurídicos de interesse comum.

¹⁶⁰ GALINDO, Bruno. **Teoria Intercultural da Constituição**: A transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Europeia e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 17.

¹⁶¹ JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Trad. Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965. p. 61.

A insustentabilidade da tradicional visão de resolução de conflitos através do direito internacional para os problemas emergentes do mundo globalizado reforça a teoria da necessidade de criação de organismos Transnacionais que possam alcançar os diversos núcleos de impasses e questões que exigem solução em níveis internacionais, além dos litígios dimensionados hoje por duas parcelas de países distintos, sem, com isso, minimizar ou obscurecer a relevância dos trabalhos realizados pelos Tribunais Internacionais já existentes, nos casos em que se aplicarem, como o é, por exemplo, o Tribunal Penal Internacional.

Neste segmento, Paulo Cruz e Gabriel Ferrer defendem que:

É provável que a democratização das instituições transnacionais seja lenta e passe pelo aumento do alcance dos instrumentos já existentes, como os convênios e tribunais de direitos humanos, ou os parlamentos regionais, como o parlamento europeu. Sem dúvidas, a urgente necessidade de encontrar soluções transnacionais para os problemas mundiais faz com que o objetivo de um poder político de representação mundial, com poderes efetivos de coerção, e a existência de uma correspondente cidadania mundial, não seja nem utópico nem extravagante.¹⁶²

Talvez a maior obstrução a ser observada na possibilidade de implementação de um direito Transnacional seja o condicionamento à Soberania dos Estados, que na visão tradicional da manutenção da territorialidade através da delimitação de fronteiras, para proteção e conservação de sua nação e terras, o Estado tem dificuldades de interagir ou dialogar para ampliar a perspectivação de jurisdição interespaçial.

Alguns avanços de ordem jurisdicional podem ser indicativos de proposições que visam alcançar e proteger os direitos do homem no além-fronteira: como a implantação da Declaração dos Direitos Humanos (após a Segunda Guerra Mundial), nos quais os crimes contra a humanidade poderão ser julgados fora de determinado Estado e o Estado-membro da Organização das Nações Unidas – ONU,

¹⁶² FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. **Os novos Cenários Transnacionais e a Democracia Assimétrica**. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). v. 2, n.2, jul-dez.2010. p 96-111. p. 107.

signatário de tal Declaração, estar de acordo com os termos propostos na referida declaração e comprometer-se a cumpri-los.

De tal forma, não é o objetivo da Transnacionalidade enquanto fenômeno global embargar sua atuação com base no que já estaria consolidado ou respeitado juridicamente. É necessário encontrar alternativas que possam aprimorar o desenvolvimento de seu escopo, como preceituam Paulo Cruz e Zenildo Bodnar:

O fenômeno da transnacionalidade deve ser uma força que opera em duas direções: uma que age na superação do modelo clássico e ultrapassado de Estado Nacional, mediante a criação de novos espaços de governança; e a outra que agrega, fomenta e coordena a ação local dos Estados com efeitos no plano global a partir de pautas axiológicas de amplo consenso.¹⁶³

O Direito Transnacional é importante porque cada vez mais influencia as leis e políticas que nos governam, especialmente quando as leis e as políticas internacionais são internalizadas pelas leis e políticas dos Estados Nacionais. Através de repetidas sucessões de “interação-intepretação-internalização”, as interpretações de regras globais que possam ser adequadas, eventualmente, são integradas ao ordenamento jurídico nacional de outros Estados.¹⁶⁴

Nesse sentido, Jean Cohen¹⁶⁵ considera que, para alguns, a pluralidade de ordens jurídicas sobrepostas transversais é considerada normativamente desejável. Essa avaliação empírica e normativa, juntamente com a sensibilidade à assimetria entre as potências globais e o surgimento de novas formas de hegemonia ou formações imperiais, sem mencionar a diversidade de uma sociedade mundial ainda profundamente dividida, leva à rejeição do discurso do Constitucionalismo global como apologético, ou mesmo neoimperial.

¹⁶³ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 164.

¹⁶⁴ KOH, Harold Hongju. **Why Transnational Law Matters**. Faculty Scholarship Series. Paper 1793. 2006. p. 4.

¹⁶⁵ COEHN, Jean L. **Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 43.

A partir da análise deste núcleo de pensamento, Jean Cohen¹⁶⁶ ressalta que desafios que as mudanças políticas e jurídicas representam para as formas tradicionais de tratar as relações entre o direito internacional e o direito nacional e o paradigma da Soberania clássica das relações internacionais são profundas, e não é surpreendente que elas tenham levado a um debate intenso e amplo com potencial bastante sério e como novas ramificações políticas.

A questão é como caracterizar essas mudanças e que tipo de ordem política e legal global elas constituem. Como grande parte da literatura sobre o constitucionalismo global opera dentro da problemática Kelseniana e porque os pluralistas jurídicos rejeitam o monismo Kelseniano em qualquer forma, também assume-se que o projeto do Constitucionalismo requer uma escolha dentre estas: ou a posterior integração/constitucionalização do sistema político global que implica dar o passo para uma ordem legal global monista baseada em princípios cosmopolitas, que tem de dispensar o conceito de soberania (substituindo-a pela subsidiariedade), ou aceitação de um pluralismo jurídico global desordenado (na verdade, sem ordem) que reconhece a multiplicidade de ordens políticas e fontes do direito internacional, mas renuncia a qualquer tentativa de construir e organizar ordens ou constitucionalizar o sistema político global emergente, rejeitando a hierarquia tipo Kelseniana e o nivelamento da autonomia de políticas domésticas e suas ordens jurídicas.¹⁶⁷

Os teóricos jurídicos e defensores do raciocínio da Constitucionalização global de uma perspectiva neo-kelseniana concordam que a atribuição de autonomia e qualidade constitucional à ordem jurídica que regula o sistema político global teria de implicar o monismo em relação às reivindicações de validade e supremacia. Os debates a partir dessa perspectiva são sobre conceituar a juridicização (e/ou a constitucionalização) do sistema político global por meio de modelos institucionais centralizados ou descentralizados.¹⁶⁸

¹⁶⁶ COEHN, Jean L. **Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism**. p. 44.

¹⁶⁷ COEHN, Jean L. **Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism**. p. 44.

¹⁶⁸ COEHN, Jean L. **Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism**. p. 45.

O Pluralismo Jurídico Global é caracterizado por um direito para além dos limites territoriais, justamente porque os problemas mundiais das sociedades complexas transcendem esses limites territoriais. Mas, por outro lado, é um direito restrito ao objeto com o qual deve desenvolver suas habilidades de solucionar tais problemas. O resultado é uma ordem legal transversal em que existem intervenções de diversos sujeitos, como novos partidos, sujeitos, não estatais, privados e organizações não governamentais, e para os quais existem novos métodos de gestão que permitem propor respostas mais próximas do que se considera adequado às necessidades emergentes ao nível Transnacional.

A Transnacionalidade no âmbito jurídico se propõe a utilizar todos os instrumentos do ordenamento jurídico (regras, princípios, costumes e ordem pública) para atingir níveis mais próximos do que se considera justiça e segurança mundial, respeitando a dignidade da pessoa humana e pensando na proteção das futuras gerações.

Para tanto, é necessário valer-se de entendimentos e construções teóricas que possam cimentar tais propostas, bem como propor a criação e a composição técnico-jurídica adequada de órgãos Transnacionais para atender às demandas que os tribunais domésticos não conseguem mais acolher e resolver. Assim sendo, a Transnacionalidade visa propor alternativas de resolução de conflitos internacionais, que atingem mais de um determinado país, mas que seja de interesse de vários grupos de pessoas ou de vários países, independentemente de suas origens e nacionalidades.

O Estado Constitucional se liga a outros Estados que compartilham o mesmo fundamento dos valores de liberdade e igualdade, no qual a dignidade humana também é colocada em primeiro lugar dentre os princípios da liberdade pessoal como paradigmas centrais do sistema legal. Uma influência construtiva em uma sociedade cada vez mais móvel em redes que cruzam fronteiras só é possível para Estados Constitucionais Democráticos que cooperam de maneira sensata, salvaguardando interesses comuns.

Somente aqueles Estados que se unem, em razão da necessidade de uma composição pacífica dos interesses e das possibilidades de escolhas comuns, podem alcançar a amplitude necessária de oportunidades de ação para moldar as condições de uma sociedade livre de maneira responsável no futuro.

Fala-se, assim, que os elementos construtivos do direito fundamental e dos Direitos Humanos privilegiam a manutenção da paz e a superação de qualquer antagonismo destrutivo entre os Países Europeus (por exemplo), como os objetivos políticos eminentes da República Federal. A condição de Estado Soberano significa, portanto, um espaço pacificado e sua ordem segura, baseada na liberdade individual e na autodeterminação coletiva.

É importante salientar que a criação de Organizações Internacionais que viabilizam o respeito e a proteção aos Direitos Humanos e ocupam-se da manutenção de seus próprios sistemas jurisdicionais deve observar, nos seus procedimentos de tomada de decisão, que a Legislação Internacional e Supranacional devem considerar também os Sistemas Normativos Nacionais para equilibrar o requisito de compatibilização visando à proteção dos Direitos Fundamentais como também da defesa da Soberania do Estado e das divergências culturais nacionais.

Para tanto, no capítulo seguinte, buscamos estudar os aspectos do Nacionalismo e da Cidadania, bem como a influência da Percepção do Pertencimento relacionada a estas duas categorias.

Capítulo 3

NACIONALISMO E CIDADANIA

3.1 OS ASPECTOS DO NACIONALISMO

O Nacionalismo é um componente necessário da modernidade por ser considerado o mais relevante Princípio da Legitimidade Política. Isso significa que as nações são comunidades políticas territoriais, cuja conexão e principal objeto de lealdade de seus membros, principais atores políticos no cenário internacional, são criações dos seus Cidadãos e, especialmente, das suas elites e líderes, e eles são, também, a única forma de Sociedade e política em desenvolvimento.

De acordo com Ernest Gellner¹⁶⁹, Nação não poderia existir antes da Modernidade, pela razão óbvia de que a massa da população estava enraizada em seu território e ligada à sua localidade com pouco ou nenhum conhecimento ou interesse no mundo exterior. Este era um mundo ordenado por estrutura muito diferente do nosso mundo moderno, em que a cultura é a preocupação definidora.

No entanto, a determinação do Nacionalismo como cultural, tendo em mente a mesma língua, cultura e religião não pode explicar o termo Nação e Nacionalismo. Isto porque é perfeitamente possível para os indivíduos da mesma religião, que falam a mesma língua e têm uma tradição semelhante, não serem elementos de uma mesma nacionalidade.

Sendo assim, a ideia de Nação foi criada como uma comunidade de cidadãos, como uma Sociedade política que dá uma expressão prática aos direitos universais, transformando liberdade, igualdade e justiça em leis e reformas. Para tanto, o Nacionalismo seria o mais potente princípio da legitimidade política no mundo moderno, sustentando que a Nação deve ser coletiva e livremente institucionalizada, expressada e governada pelos seus atores nacionais.

¹⁶⁹ GELLNER, Ernest. **Naciones y Nacionalismo**. Tradução de Javier Seto. Madrid: Alianza Editorial, 2001. p. 5.

Fundamentalmente, o Nacionalismo é um princípio político que sustenta que deve haver congruência entre a unidade nacional e a política.¹⁷⁰ O questionamento que Ernest Gellner¹⁷¹ traz à tona é se os dirigentes querem e podem levar adiante uma Sociedade em movimento, uma Sociedade em que tanto dirigentes como dirigidos podem fundir-se e formar um contínuo cultural. E que tipo de nova reorganização é possível, dados os métodos de produção moderna e a sociedade inserida nesse sistema. Defende que o Nacionalismo moderno é algo mais que um acidente ideológico ou fruto de ressentimentos, é uma necessidade.

Mesmo que a reivindicação da independência nacional tenha frequentemente associado princípios universalistas à defesa de uma comunidade concreta, historicamente e culturalmente definida, a partir da segunda metade do século XIX, o Nacionalismo agressivo tem sido cada vez mais predominante, como a defesa da especificidade e até mesmo da superioridade de uma determinada Nação. Chegamos a pontos extremos de antiliberalismo, ambos com uma definição racial ou étnica da Nação ou, ainda, cultural ou religiosa.

Seria inconsistente pensar que a Globalização econômica supera e limita o Nacionalismo. Pelo contrário, nosso mundo é dominado pela crescente separação entre economias "abertas" e culturas "fechadas", dissociação que implica uma crise básica ou mesmo uma decomposição de todas as mediações sociais e políticas.

Sentimos a necessidade de reafirmar o papel das instituições políticas, nacionais ou locais não como instrumentos de legitimação do Estado, mas como mediações entre economias globalizadas e culturas obcecadas pela identidade.¹⁷²

Ao discutir o tema Nacionalismo, devemos compreendê-lo como uma ideologia que partirá de uma convicção nacional sobre a experiência vivenciada de características consideradas comuns a uma determinada Sociedade que legitimam a

¹⁷⁰ GELLNER, Ernest. **Naciones y Nacionalismo**. p. 13.

¹⁷¹ GELLNER, Ernest. **Naciones y Nacionalismo**. pgs. 165-166.

¹⁷² Touraine, Alain. **Nation, nationalism and citizenship**. *European Review*, 3(4), 273-286. 1995.

existência dessa Nação. Tal ideologia conecta a Nação em razão de uma percepção comum de que o Estado ao qual está vinculada é um Estado forte que a representa e que mantém sua segurança no espaço determinado de seu território, preocupando-se com o desenvolvimento econômico, social e político de todos e garantidor de autonomia perante outros Estados.

Dentro de um discurso que exaltava a força dos laços produzidos por uma identidade cultural comum, Pasquale Stanislao Mancini¹⁷³ viu na consciência de fazer parte de uma Nação a legitimidade do exercício da soberania estatal em relação aos cidadãos, e na Nação o verdadeiro protagonista das relações internacionais (a “mônada racional”) da ciência do direito internacional. A Nação era um precedente lógico do Estado, cuja naturalidade, necessidade, historicidade se opunha à artificialidade e arbitrariedade do último. No entanto, o Estado nunca desapareceu de seu horizonte.

O objetivo de Pasquale Stanislao Mancini era, na verdade, a construção de um Estado Nacional, um Estado, capaz de resolver conflitos políticos e sociais internos, tornando inútil o uso de opções fundamentais de esclarecimento, tanto a relação muitas vezes conflituosa entre Estado/Sociedade e Estado/povo, identificando a Nação com o Estado. Para Mancini, o Estado italiano era nacional porque era a criação da natureza, e era necessário e eterno porque era natural.

No entendimento de Antonio Bartolini e Alessandra Pioggia¹⁷⁴, diferença ponderada entre as duas nacionalidades nos leva a acreditar que a cidadania administrativa (pelo menos do ponto de vista histórico) existe para a cidadania política: no sentido de que a primeira se refere mais genericamente às pessoas, aos indivíduos, ao passo que a segunda, apenas para os cidadãos com a plenitude dos "direitos civis e políticos" reconhecidos. No século XIX, todos os cidadãos desfrutavam

¹⁷³ MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. (Diritto Internazionale. Prelezioni). Ijuí: Unijuí, 2003. p. 51-57.

¹⁷⁴ BARTOLINI, Antonio; PIOGGIA, Alessandra (Org.). *Percorsi e prospettive dell'amministrazione dei diritti e dei doveri a 150 anni dalle leggi di unificazione amministrativa*. In: **Cittadinanze Amministrative**. vol. VIII. Firenze: Firenze University Press, 2016. p. 9-56. p. 10.

de cidadania administrativa, enquanto a burguesia política era a única a prosseguir, e é por isso que a cidadania administrativa precede e preexiste a cidadania política.

De outra parte, o Princípio da Cidadania na concepção do Nacionalismo alemão, considerado como baseado em Laços de Sangue, traz em sua perspectiva o socialismo nacional, que parece ser o máximo da expressão do Nacionalismo alemão, como argumentado por Hans Kohn, um dos primeiros e mais influentes dos estudiosos a ter escrito sobre o Nacionalismo com a tipologia cívica/étnica. A ideia de Nacionalismo, na opinião de Kohn, desenvolveu-se especificamente no Ocidente e parte na busca de uma ordem social baseada na razão e na justiça universal. Em sua análise, Hans Kohn entendia que:

O Nacionalismo – como todos os sentimentos de massa históricos, por exemplo, a religião – tem seus aspectos bons e maus. Os vários Nacionalismos diferem segundo as ideias e tradições políticas que representam, as lembranças e esperanças que despertam, as suas atitudes para com os vizinhos e a comunidade internacional, ao grau de seu egoísmo e de suas pretensões de exclusividade.

E dá prosseguimento ressaltando a relevância do valor do Nacionalismo mas buscando a liberdade da desvinculação da tradição arraigada na busca da dignidade:

Em seu início, o Nacionalismo arrebenta os grilhões da tradição [...], ou de uma ordem social obsoleta e limitadora, e enche os corações de seus adeptos de um sentimento de dignidade humana, de orgulho e satisfação em participar da história, de administrar seus próprios assuntos. Tal sentimento de libertação foi característico do início do Nacionalismo, na Europa do século XIX [...]¹⁷⁵

No caso dos Estados Unidos, segundo Hans Kohn, estes foram a única Nação na qual a imigração em grandes proporções atingiu de forma determinante aquele Estado, já que foram milhões de imigrantes, de origens e nacionalidades diversas, que influenciaram e transformaram, voluntariamente, o Estado Americano, criando uma tradição e uma civilização nacional, que, em numa análise histórica, não tinha raízes comuns próprias. E, mesmo sem tais origens comuns, adotou uma Constituição que se mostrou provida de uma notável capacidade de assimilação, pois,

¹⁷⁵ KOHN, Hans. **A Era do Nacionalismo**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura Brasil, 1963. p. 24.

mesmo sendo a Constituição mais antiga em vigor no mundo (1789), ela tornou-se símbolo e a manifestação da ideia americana com origem inglesa se tornou conceito universal com princípios muito bem definidos, dirigida a todos os homens que desejassem aceitá-la.¹⁷⁶

Para Paulo Bonavides¹⁷⁷, Nação e Soberania Constitucional estão intimamente ligados, legitimadores, portanto, da vontade de uma Nação:

Conduzido ao domínio jurídico, o conceito de Nação se prende ao de soberania constitucional, porque essa é a raiz contemporânea mais profunda do direito; é, em certa maneira, a forma suprema e absoluta de criar, exercitar e concretizar os poderes constituintes como órgãos de soberania que se legitimam como expressão da vontade nacional. Nação incorpora, por conseguinte, a legitimidade do povo soberano, promulgando as constituições democráticas do contrato social.

Os dois conceitos de Nacionalismo e Nação têm, portanto, dois significados distintos, enquanto ambos identificam a Nação como a principal forma para as sociedades humanas. No caso do Nacionalismo cívico, o Estado e a sociedade baseiam-se no Estado de direito: todos os cidadãos são iguais e partilham os valores cívicos e políticos, independentemente de suas particularidades étnicas.

O segundo tipo de Nacionalismo, o Nacionalismo Étnico, baseia-se na simbiose da Nação composta do povo e da Nação como um Estado. As pessoas, a etnia, são assim considerados naturais e pré-políticos de uma comunidade étnica que amadurece (como na visão Hegeliana) e forma um Estado-Nação.

A visão dos Direitos Humanos exclusivos dos nacionais suporta uma concepção do Estado-Nação que implica a uniformidade do seu povo, muitas vezes confundida com a identidade étnica, considerada um dado pré-político, anterior ao contrato social.¹⁷⁸

¹⁷⁶ KOHN, Hans. **A Era do Nacionalismo**. p. 27.

¹⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. Reflexões sobre Nação, Estado Social e Soberania. In: Revista Estudos Avançados. São Paulo: USP, v. 22, n. 62, 2008. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/issue/view/752> acessado em: 09/07/2018.

¹⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. 2002. p. 159.

Um grupo étnico é um tipo de coletividade cultural, que enfatiza o papel de mitos de descendência e memórias históricas, e que é reconhecido por uma ou mais diferenças culturais, como religião, costumes, língua ou instituições. Tais coletividades são duplamente "históricas", no sentido de que não são apenas memórias essenciais para a sua continuidade, mas cada grupo étnico é o produto de forças históricas específicas e está, portanto, sujeito a mudanças históricas e até de sua dissolução.¹⁷⁹

Antony Smith se opôs à tendência generalizada de usar os tipos ideais de Nacionalismos cívicos e étnicos, que, em sua opinião, criam uma confusão entre esses tipos ideais e os reais fenômenos históricos que eles supostamente descrevem. Mas sua objeção não é baseada em um preconceito ideológico que a tipologia induz, mas sobre o que compõe as nações. Segundo ele, por definição, a Nação é uma comunidade de mitos e memórias comuns, como é uma etnia. É também uma comunidade territorial. Em outras palavras, nações sempre exigem "elementos" étnicos. Estes podem, é claro, ser reformulados, e geralmente são. Mas nações são inconcebíveis sem alguns mitos e memórias comuns de um lar territorial.¹⁸⁰

Outro ponto sobre o qual a teoria de Antony Smith é questionável é a relevância de tal conceito de etnia que o próprio autor usa para analisar realidades complexas que, se de fato cultural, vão além da noção de etnia, como a categoria menos subjetiva de classe que envolve relações dinâmicas de poder e é parte integrante do desenvolvimento histórico do Nacionalismo. Estas relações de poder que envolvem a criação e promoção de significados e mitos sociais parecem ser nivelados na teoria de Smith.

O salto da cultura para a política é feito de modo a retratar a Nação em um momento como uma comunidade cultural e em outro momento como uma comunidade política, enquanto insiste que, em um Estado ideal, a comunidade nacional não será "dividida" em esferas culturais e políticas. O nacionalista pode explorar essa ambiguidade perpétua. A independência nacional pode ser retratada

¹⁷⁹ SMITH, Anthony D. **National Identity**. Londres: Penguin. 1991. p.40.

¹⁸⁰ SMITH, Anthony D. **National Identity**. p. 40.

como a liberdade dos cidadãos que compõem a Nação (política) ou como a liberdade da coletividade que constitui a Nação (cultural). A ideologia nacionalista é uma pseudo-solução para o problema da relação entre Estado e Sociedade, mas sua plausibilidade deriva de suas raízes em respostas intelectuais e genuínas a esse problema.¹⁸¹ Sendo assim:

National independence can be portrayed as the freedom of the citizens who make up the (political) nation or as the freedom of the collectivity which makes up the (cultural) nation.¹⁸²

Devemos abordar o Nacionalismo com atenção crítica aos seus limites, ilusões e potencial de abuso, mas não devemos descartá-lo. Mesmo onde somos profundamente críticos em relação ao Nacionalismo que vemos, devemos reconhecer a importância contínua das solidariedades nacionais. Mesmo que desejemos uma ordem mundial mais cosmopolita, devemos ser realistas o suficiente para não agir com base em meros anseios.¹⁸³

Os cosmopolitas não irão simplesmente deixar de ver a particularidade cultural e os suportes sociais de seu cosmopolitismo, mas não podem reconhecê-los completa e precisamente sem introduzir uma tensão entre eles e seu mundo social. Quer teorizemos ou não o cosmopolitismo, estamos inseridos em campos sociais e projetos práticos nos quais temos pouca escolha senão fazer uso de algumas das noções básicas ao cosmopolitismo e, assim, reproduzi-lo.¹⁸⁴

Deveríamos querer transformar o cosmopolitismo, até porque, como geralmente construído, especialmente em suas formas mais individualistas, inibe sistematicamente a atenção à gama de solidariedades das quais as pessoas

¹⁸¹ BREUILLY, John. **Nationalism and the State**. 2. ed. Manchester: Manchester University Press. 2001. 459 p. p. 69.

¹⁸² BREUILLY, John. **Nationalism and the State**. p. 348. Livre tradução da autora: “A independência nacional pode ser retratada como a liberdade dos cidadãos que compõem a nação (política) ou como a liberdade da coletividade que constitui a nação (cultural).”

¹⁸³ CALHOUN, Craig. **Nations Matter: Culture, History, and the Cosmopolitan Dream**. London: Routledge, 2007. 248. p. 1.

¹⁸⁴ CALHOUN, Craig. **Nations Matter: Culture, History, and the Cosmopolitan Dream**. p. 25.

dependem e ao papel especial de tais solidariedades nas lutas dos menos privilegiados e daqueles deslocados ou desafiados pela Globalização capitalista.¹⁸⁵

O foco nas 'origens étnicas das nações', que concentrou grande parte da atenção na última década do século XX, não foi apenas ligado à questão crítica do ressurgimento do Nacionalismo, no chamado Oriente na Europa, mas também foi provavelmente um subproduto da reação progressista do discurso político ao longo de linhas nacionalistas, principalmente na Europa Ocidental e norte da América no final dos anos 1970 e os anos 80.¹⁸⁶

Compreende-se, assim, que os elementos de identificação, reconhecimento e sustentação de uma Nação são construídos ao longo de um vasto período de tempo que marca a história de um povo através de suas expectativas, cultura, idioma e peculiaridades muito próprias, permitindo sua aproximação e manutenção desse convívio comunitário. Essa formação nacional, ao mesmo tempo em que fortalece a união entre aqueles que se consideram iguais, por vezes, pode afastar aqueles que são considerados “estranhos” ao seu modo ou estilo de vida ou de percepção de ente igual, que participa dos mesmos princípios e objetivos.

Tal objeção pode trazer obstruções no convívio entre estes entes ou grupos diferentes que vão desde a rejeição do indivíduo enquanto elemento desconhecido, como a não aceitação de posições políticas e culturais trazidas historicamente por estes novos membros. Para tal entendimento, é importante destacar que

A palavra Nação já existia antes de servir de base para a criação de Estados, que, pretensamente, seriam seus representantes, defensores e gestores. A palavra Nação vem do latim *natione*, e era usada, antes do mundo moderno, para designar uma comunidade de pessoas que possuíam origem étnica comum (nos termos da época, que pertenciam à mesma raça), que partilhavam a mesma língua e que possuíam os mesmos costumes, crenças, tradições culturais.

Durval Muniz Albuquerque Junior persevera, alertando que:

¹⁸⁵ CALHOUN, Craig. **Nations Matter**, p. 26.

¹⁸⁶ BREUILLY, John. **Nationalism and the State**. 2. ed. Manchester: Manchester University Press. 2001. 459 p.

Antes do mundo moderno, para definir uma Nação não era necessário que ela possuísse um território definido, que habitasse no interior de dadas fronteiras. Essa passa a ser a novidade trazida pelos chamados Estados Nacionais, que nascem das chamadas revoluções burguesas, que vieram pôr fim aos Estados Absolutistas, [...]¹⁸⁷

Deve-se, porém, destacar-se a importância do conceito apresentando elementos que podem ser considerados essenciais para a integração de uma Nação, como ressalta Jürgen Habermas, no qual: “Para além da fixação jurídica, no entanto, “Nação” também tem o significado de uma comunidade política marcada por uma ascendência comum, ao menos por uma língua, cultura e história em comum.”¹⁸⁸

As pessoas se definem e se identificam por meio de seus antepassados e dos grupos culturais com os quais cresceram e se desenvolveram, e isto se deu através da religião, idioma, história, valores, costumes e instituições. De tal forma, valem-se da política para estabelecer uma identidade comum e não somente para amparar seus interesses.¹⁸⁹ “Nós só sabemos quem somos quando sabemos quem não somos e, muitas vezes, quando sabemos contra quem estamos.”¹⁹⁰

O que Jürgen Habermas denominou de “autocompreensão nacional” implementou o ambiente cultural em que os súditos puderam tornar-se cidadãos politicamente ativos, de tal forma que o simples fato de pertencerem a uma mesma “Nação” instituiu entre pessoas até então estranhas entre si uma conexão solidária.¹⁹¹

A conexão existente entre pessoas que se identificam através de sua cultura, idioma, interesses políticos e sociais, vai fortalecer o isolamento de suas

¹⁸⁷ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Durval Muniz. **Xenofobia**: medo e rejeição ao estrangeiro. São Paulo: Cortez, 2016. p. 52.

¹⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. p. 124.

¹⁸⁹ HUNTINGTON, Samuel P. **O Choque de Civilizações** – e a recomposição da ordem mundial. Tradução de M. H. C. Côrtes. São Paulo: Objetiva, 1997. p. 20.

¹⁹⁰ HUNTINGTON, Samuel P. **O Choque de Civilizações** – e a recomposição da ordem mundial. p. 20.

¹⁹¹ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. 2002. p. 128.

motivações e proteger suas histórias, motivações e peculiaridades, através de muros e barreiras estabelecidos pelo próprio Estado-Nação que as governa.

Talvez se possa considerar como elemento mais significativa da delimitação de determinada Nação o território que é estabelecido ao Estado-Nação, que especifica a demarcação geográfica do Estado representante perante seu povo. Essa delimitação territorial determina o alcance dos poderes do Estado para defender seu povo, enquanto Nação, permitindo esclarecer até onde poderá atuar política e juridicamente.

A fronteira de cada Estado acaba tornando-se o portal limitador de abrangência de atuação do poder político, jurídico, militar de cada Estado, que submete àqueles que ingressam em seus domínios territoriais, normas regulamentadoras do modo de atuação e convivência dentro de seu território.

A fronteira entre Estados talvez seja, e na atualidade cada vez mais, o ponto de ruptura para a fortaleza do poder estatal em relação aos interesses e direitos fundamentais do homem, uma vez que, havendo interações fronteiriças, de todas as ordens e interesses, haverá dúvidas, divergências e disputas de poder, impondo aos governantes dos Estados atuações e decisões que afetarão não somente seu povo e sua Nação, mas outros povos e nações do mundo, dependendo da afetação da situação na qual os Estados estarão envolvidos.

Para Manlio Graziano, em razão do declínio do Estado-Nação pelo avanço das políticas de Globalização, as fronteiras tendem a se tornar obsoletas:

Il paradosso è che il principio di nazionalità resta l'indiscusso orizzonte giuridico e ideologico della politica mondiale in una fase storica che vede al tempo stesso il declino dello Stato-nazione, e il diffondersi di dottrine globaliste sull' "appiattimento" del mondo – il presunto livellamento dei divari social, economici e culturali tra Stati e, soprattutto, tra popolazioni diverse – secondo le quali le frontiere sarebbero ormai diventare un'inutile obsolescenza del passato.¹⁹²

¹⁹² GRAZIANO, Manlio. **Frontiere**. Bologna: Mulino, 2017. p. 49. Livre tradução da autora: "O paradoxo é que o princípio da nacionalidade permanece no horizonte jurídico e ideológico indiscutível da política mundial numa fase histórica que vê, ao mesmo tempo, o declínio do Estado-nação e a disseminação de doutrinas globalistas sobre o "nivelamento" do mundo - o alegado nivelamento de divisões sociais,

O Estado Nacional protegeu os seus limites territoriais e sociais de forma completamente neurastênica e, hoje, esse Estado se vê provocado pelos rumos globais que suplantam as fronteiras desses Estados e que há muito tempo fogem dos controles que pretenderiam exercer. Esses contatos físicos, sociais ou figurados, que se reportam no mundo todo, estabelecem-se através de vínculos frenéticos no tempo e que se alastram em diferentes espaços, sobretudo através dos meios eletrônicos de comunicação. Tais comunicações se desenvolvem através das línguas naturais ou através de indicadores específicos, como por exemplo o dinheiro.¹⁹³

Para tanto, a Transnacionalidade surge como uma possibilidade de ligação entre os Estados propensos à união na solução de problemas e minimização de conflitos de interesses comuns, para que a força e expertise de vários Estados possam ser usadas de maneira coligada e solidária, almejando a manutenção da segurança estatal e a garantia de direitos fundamentais estabelecidos às suas nações.

O fortalecimento das relações globais e o início de uma interdependência transnacional fazem perceber que as relações sociais estão, hoje, cada vez mais desterritorializadas, indo além das fronteiras que, até agora, seguem vigiadas pelos costumes locais, pelo Nacionalismo, língua, ideologia e, por vezes, por tudo isso simultaneamente.¹⁹⁴

A Transnacionalidade deve atuar em duas direções: uma força que supera o modelo clássico de Estado Nacional, através da criação de novos ambientes de governança, e outra força que irá promover e coordenar as ações locais dos

econômicas e culturais entre Estados e, acima de tudo, entre diferentes populações - segundo as quais as fronteiras se tornariam agora uma obsolescência inútil do passado.”

¹⁹³ HABERMAS, Jürgen. **Mas allá del Estado Nacional**. Trad. e introdução de Manuel Jiménez Redondo. 4.ed. Madrid: Trotta, 2008. p. 181.

¹⁹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013. p. 31 e 34.

Estados com finalidades em âmbito global, com base em teorias de valor, em sentido moral consensuais.¹⁹⁵

Analisando a perspectiva de pensar na possibilidade da criação de órgãos Transnacionais capazes de discutir e aprovar normas com poder coercitivo, que possam atingir grande número de Estados signatários de seus tratados e, conseqüentemente, alcançar as nações e povos que esses Estados representam, poder-se-á pensar na viabilidade de ações concretas de preservação de direitos e garantias ao homem e aos seus direitos considerados fundamentais.

Sem a necessária coesão solidária entre os Estados para defender e assegurar os direitos dos homens, vê-se distante o almejado sonho de convivência pacífica entre países e nações, na busca por interesses comuns de bem-estar da coletividade, independentemente de sua origem, de sua nacionalidade, de sua cultura, idioma ou religião.

A Soberania delegada ao Estado para representar os interesses de seu povo deve alcançar justamente o interesse da manutenção da paz e da segurança desse povo. Caso contrário, estará apenas representando interesses políticos e jurídicos que não necessariamente harmônicos com os planos e interesses de sua Nação.

3.2 ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS DA CIDADANIA

A Cidadania pressupõe uma ideia de condição de igualdade civil, política e social ao indivíduo, para que ele possa exercer suas funções como membro de uma Sociedade que permite uma identidade comum a todos os seus componentes. Essa complexa composição de elementos que possibilitarão ao indivíduo a formação do ser cidadão, requer, para tratar de condições iguais de Pertencimento a um Estado que

¹⁹⁵ CRUZ, Paulo Márcio e BODNARD, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajai: Univali, 2012. P. 164. ebook <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>

ofereça segurança jurídica, a definição de normas regulamentadoras que possam abranger a Cidadania em sua completude.

A Cidadania civil deve ser entendida como aquela que garante os direitos individuais, como a liberdade, direito de propriedade e acesso à justiça. Já a Cidadania Política comportará a reivindicação de participação política no espaço comunitário participativo, mais especialmente no direito de votar e ser votado. E, na Cidadania Social, estariam garantidos os direitos de educação e de segurança e serviços sociais como saúde, previdência social e moradia.

Possuir o status de Cidadão coloca o indivíduo em uma situação diferente daquela pessoa que quer exercer a faculdade de circular sem estar revestido desse status. Além disso, a condição jurídica do Cidadão não depende somente da sua vontade, mas principalmente da regulação do Estado ou dos Estados que possuem uma ligação com o indivíduo.

A vontade desse indivíduo pode afetar, em uma fase sucessiva, o momento de atribuição da qualificação de cidadão (por exemplo, com a escolha no caso de dupla Cidadania, com a renúncia a uma Cidadania ou com o pedido de aquisição de outra) e, contudo, tal vontade deve ser exercida dentro dos critérios que são determinados pela legislação nacional.¹⁹⁶

A Cidadania Originária, aquela do indivíduo que nasce em determinado Estado e nele é reconhecido como membro pertencente àquela Nação, é diferente daquele que ingressa posteriormente em determinado Estado para ali construir sua história e viver como cidadão. Diferente também daquele que nasce no Estado e, sendo filho de estrangeiro, em razão de normas estabelecidas para aquele Estado, não é reconhecido como cidadão daquele Estado-Nação.

¹⁹⁶ CALAMIA, Antonio M.; DI FILIPPO, Marcello; GESTRI, Marco. **Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei**. Padova: CEDAM, 2012. p. 04.

No entanto, o problema de exclusão é muito mais complexo do que se quer imaginar, pois os laços criados para com os nascidos em determinado território e estrangeiros acabam por surgir de forma inevitável.

Ser membro da mesma comunidade linguística, da mesma religião, classe ou profissão muitas vezes cria vínculos muito mais íntimos do que a Cidadania comum. Sendo de natureza psicológica, a interação não se restringe a pessoas que vivem juntas num mesmo espaço. Graças aos meios atuais de comunicação, é possível o mais ativo intercâmbio de valores espirituais entre pessoas espalhadas por toda a Terra.¹⁹⁷

Deve-se observar que os indivíduos são cidadãos apenas dos Estados-membros aos quais estão vinculados, não havendo associação ou filiação jurídica a órgãos Supranacionais. Suas identidades nacionais são mantidas juridicamente ligadas ao seu Estado de origem, não sendo cidadãos de Estados-membros de tratados realizados. Irão pertencer juridicamente à comunidade internacional apenas indiretamente, através da representação de seus Estados.¹⁹⁸

A obtenção da Cidadania dependerá da regulamentação estabelecida pelo próprio Estado, podendo advir com o simples fato do nascimento, bem como pelo cumprimento de regras impostas pelo Estado. De tal forma, a categoria Cidadão acarretará em direitos e deveres que seguirão o indivíduo mesmo quando este não se encontrar no território do seu Estado de origem. Caso o cidadão ativo não obedeça às normas estabelecidas pelo Estado, poderá ter diminuídas as qualidades da Cidadania ativa, conforme o que estiver disposto pelo próprio Estado, sem, no entanto, perder a Cidadania.¹⁹⁹

O ato jurídico de modificação de Cidadania, que transfere o cidadão de uma para outra Sociedade Política, não significa sua integração comunitária, razão pela qual, na maioria dos casos, os Estados realizam a concessão de direitos políticos

¹⁹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 637 p. p. 265.

¹⁹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. p. 458.

¹⁹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 39.

limitados aos considerados cidadãos adotivos. Esta desvinculação de uma ordem jurídica estatal a outra, ocasionará uma troca de Cidadania manifesta do indivíduo, que independe de seus valores culturais ou dos motivos que ocasionaram a mudança, desde que cumpridos os requisitos estabelecidos pelo Estado que o recebe.²⁰⁰

Antes de tudo, é importante resgatar que o fenômeno da Globalização possibilitou, para algumas populações mundiais, o questionamento sobre sua condição de cidadão e sobre os direitos que poderiam estar-lhe sendo cerceados. Esse acesso à organização de Sociedades mais democráticas e que garantem direitos fundamentais ao homem permitiu que alguns países mais carentes de tais direitos pudessem se organizar e pleitear que os direitos existentes em outros países também pudessem ser obtidos em seu país de origem.

O acesso à informação, trazido com a Globalização, traz também o anseio de que os avanços humanitários atingidos por algumas sociedades possam ser alcançados por outras, que ainda não tinham acesso a direitos igualitários de distribuição de renda, por exemplo.

Estes anseios servem para uma discussão de direitos fundamentais em âmbito global a ser discutido supranacionalmente para a efetivação da justiça nos diversos países do mundo, em busca de uma Transnacionalidade normativa que tente minimizar as diferenças existentes entre os diversos países para o alcance da garantia dos Direitos Humanos. Nos termos de José Luiz Bolzan de Moraes e Valéria Ribas de Moraes Nascimento:

A Globalização evidenciaria a Cidadania passiva, de cima para baixo, impositiva, fazendo com que os Estados incentivem uma Cidadania não reivindicativa. Rompe-se a identidade nacional, seja pela formação dos blocos supranacionais, pelos fluxos migratórios ou pelos conflitos de nacionalidade. [...] Acontece que a Constituição dirigente sempre foi considerada a Constituição do Estado, e, agora, com a supranacionalização e internacionalização do direito, as liberdades se tornaram globalitárias.²⁰¹

²⁰⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 51.

²⁰¹ MORAIS, José Luiz Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. **Constitucionalismo e Cidadania** - Por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 30.

Para tanto, surge, na contemporaneidade, a Governança como instrumento facilitador do desenvolvimento de políticas públicas para atingir o maior número possível de membros da população, com propostas de desenvolvimento sustentável para o crescimento local e seu entorno.

Nesse seguimento, a proposta da Governança tem como proposição oferecer o melhor aparato fiscalizador e regulador das medidas de Segurança Populacional, para oferecimento de melhores condições de Acesso à Saúde, com propostas de melhorias na forma habitacional, Qualidade de Vida, entre outras soluções plausíveis e de interesse público.

O efeito da Globalização Econômica apresenta alguns efeitos de concentração de domínio mercadológico e, conseqüentemente de riquezas, que podem impedir o crescimento local efetivo do espaço geográfico de produção. Tal efeito, por vezes, não auxilia no desenvolvimento da população local, levando a riqueza de determinada produção para regiões que não estejam vinculadas pelas mesmas regras jurídicas e culturais, o que ocasiona o desenvolvimento de algumas regiões e populações em detrimento de outras.

O Direito Internacional, por vezes, não consegue alcançar e acompanhar todos os reflexos sociológicos das regiões e países que estão sendo diretamente atingidos pelos efeitos da Globalização econômica sem o amparo necessário para seu desenvolvimento e de suas necessidades. Vê-se, então, a necessária discussão sobre normas que possam atingir as diversas regiões do planeta atingidas pelos efeitos da Globalização econômica de maneira desigual para que uma região seja fortalecida em razão do enfraquecimento de outras por cometimentos de abusos do poderio econômico e político, ou pela simples displicência administrativa da região.

É nesse contexto que a Globalização econômica, aliada ao aumento do fluxo de capitais, produtos e serviços, estreitamente relacionados com a transnacionalização do capitalismo, acaba causando profundas rupturas nas estruturas institucionais modernas.²⁰²

²⁰² MORAIS, José Luiz Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Morais. **Constitucionalismo e Cidadania** - Por uma jurisdição constitucional democrática. p. 72

Torna-se, assim, premente a necessidade de uma ampla discussão e esclarecimento sobre as necessidades fundamentais da Sociedade contemporânea global, os efeitos da Globalização na vida cotidiana do homem, dos excessos cometidos pelas grandes corporações, os danos causados ao ambiente e a perspectiva de garantia da qualidade de vida para as atuais e futuras gerações. Todos estes temas carecem de normas com efeitos globais que possam atingir às diversas populações mundiais de forma mais igualitária, objetivando a diminuição da pobreza e a segurança entre os povos, com a garantia da dignidade humana.

Para reflexão e debate desses novos critérios num mundo globalizado, deve-se observar que a noção de Cidadania parece inseparável da nacionalidade. Não se consegue dissociar se é o modelo de Cidadania única dos antigos, baseado em redes de Pertencimento comunitário em que o cidadão ocupa um lugar definido pelo seu nascimento, ou o modelo de Cidadania moderna, baseado no reconhecimento de princípios, com uma herança subjetiva e universalista, que estrutura a forma do Estado-Nação, como surgido a partir do final do século XVIII. A propósito destas afirmações, podemos citar a seguinte colocação de Maria Teresa Kerbay e Oswaldo Truzzi:

Os conceitos de Cidadania e de nacionalidade surgem, juntos, com a construção dos Estados Nacionais nos séculos XVIII e XIX, como referência aos vínculos dos indivíduos com o Estado sobre uma base territorial delimitada, em que a nacionalidade remete a uma mesma descendência cultural ou étnica. Neste contexto, a Cidadania se define como status legal de outorga de direitos e obrigações aos indivíduos.²⁰³

A Cidadania seria positivamente definida por pertencer a uma comunidade em particular e pelo gozo de sua soberania, e negativamente por um princípio de exclusão, uma vez que deprecia os lendários habitantes de certa comunidade, hoje Imigrantes, para o posto de forasteiros para aquela comunidade. Assim, esta Cidadania moderna foi finalmente construída contra uma certa unidade

²⁰³ KERBAY, Maria Teresa Miceli; TRUZZI, Oswaldo. Globalização, Migrações Internacionais e novos Desafios à Cidadania. In: **Revista Perspectivas**. São Paulo, v. 31, jan./jun. 2007. p. 123-135. p. 125.

européia, a do Sacro Império Romano, depois a Europa de 1815 e os grandes impérios.

O próprio conceito de Cidadania moderna que deriva dessa abordagem política da Nação está diretamente relacionado à noção de autodeterminação elaborada por Rousseau. De fato, a soberania popular não deve ser entendida como uma transposição repentina ou ampliação da soberania dos príncipes, estabelecida por um contrato entre o povo e o governo; não é uma transferência de poder de cima para baixo ou uma divisão entre duas partes, mas uma transformação desse poder em autorregulação.

A Soberania Política perde, então, seu caráter de autoridade incontestável herdada de uma ordem natural para se tornar objeto de um processo democrático de autodeterminação, cujas regras são fixadas por um contrato social celebrado entre todos os membros.

Cada Estado qualifica os critérios a serem cumpridos pelos indivíduos para que possam ser considerados seus cidadãos com base em sua própria legislação, exercendo assim soberania plena. De tal feita, cada Estado que identifica seus cidadãos também estabelece consequências jurídicas decorrentes da posse da Cidadania, atribuindo-se, assim, um *status* que é caracterizado e distinguido por uma esfera particular de capacidade.

O Nacionalismo fundou uma identidade coletiva que, na verdade, teve uma importância funcional no nascimento da consciência do papel de cidadão. Permitiu a identificação do indivíduo em toda a Nação, o desenvolvimento de um senso de responsabilidade para com seus compatriotas, que se reflete em uma solidariedade, ao mínimo, material e redistributiva, que pode desde o compromisso físico até ao sacrifício para a defesa em nome da pátria.

Em sendo assim, a política que a sociedade mundial requer, hoje, precisa ser aquela de uma observação mais ampla, para que possa alcançar objetivos em diversos setores da Sociedade, sendo que:

Uma regulação da sociedade mundial exige políticas que distribuam prejuízos. Isso só será possível com base em uma solidariedade cosmopolita até o momento inexistente que, sem dúvida, terá uma qualidade de ligação mais fraca que a solidariedade civil surgida no interior dos Estados nacionais. Objetivamente, a população mundial uniu-se já há algum tempo de modo involuntário em uma comunidade de riscos. Daí não parece tão implausível a expectativa de que sob essa pressão ocorra a continuação daquela grande virada abstrata, historicamente cheia de consequências, que fez com que a consciência local e dinástica fosse sucedida por uma nacional e democrática.²⁰⁴

O Dever de Solidariedade e de Responsabilidade imposto aos Estados--Nação e às diversas organizações internacionais coloca o problema dos déficits na legitimidade das instituições e das novas formas de cooperação internacional: estão longe de ter o potencial de legitimidade que lhes está disponível, em razão dos procedimentos institucionalizados dentro dos Estados-Nação. Essa falta de legitimidade produz "rupturas de solidariedade" que afetam a redistribuição da riqueza: o que é verdade dentro do Estado Nacional é ainda mais verdadeiro no nível Transnacional. Mas, como exige Jürgen Habermas, é necessário formar "solidariedade na base" para que os franceses ou os alemães se sintam responsáveis pelos portugueses, pelos suecos e, idealmente, por todos os povos do mundo, como aduz a seguir:

Com base no Tratado de Maastricht, a União Europeia deve se desenvolver para além da condição de uma comunidade econômica funcional. Em uma Europa politicamente unida, muitas decisões deverão ser tomadas em muitos campos políticos, inclusive da política social, que seriam então igualmente obrigatórias para todos os membros – para dinamarqueses e espanhóis, assim como para gregos e alemães, mencionando apenas esses. A aceitação das decisões, que cada um deve assumir perante o outro, exige aquele tipo abstrato de solidariedade que se estabeleceu pela primeira vez ao longo do século XIX entre os cidadãos dos Estados nacionais.

Para o autor, a integração não deve ser apenas política, mas também social para uma consciência coletiva de pertencimento, como assevera:

²⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional** - Ensaios Políticos. Tradução de Marcio SELIGMANN-SILVA. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 74.

Os dinamarqueses devem aprender a ver um espanhol como “um de nós” e do mesmo modo os alemães a um grego, bem como, inversamente, os espanhóis a um dinamarquês e os gregos a um alemão. Em nenhuma coletividade o necessário compromisso entre diferentes bases de interesse e relações vitais pode ser atingido apenas graças ao cálculo inteligente de cada vantagem própria. Daí os cientistas políticos espreitariam também para a futura Europa *non-majoritarian sources of legitimacy*. É necessária uma consciência da pertença conjunta que tornará possível para os “confederados associados livremente” identificarem-se reciprocamente como cidadãos.²⁰⁵

As reflexões de Jürgen Habermas sobre a possibilidade de Cidadania europeia estão intimamente ligadas à história da Alemanha. Dois eventos “domésticos” deram a ele a oportunidade de desenvolver suas teses sobre identidade pós-nacional: primeiro, a “Discussão de Historiadores”, lançada em 1986, levou-o a definir seu famoso conceito de “patriotismo constitucional”, lealdade cívica aos princípios constitucionais que sustentam a Nação. Essa noção implica uma definição legal e participativa de Cidadania e, portanto, difere de uma abordagem etno-cultural. O segundo evento de grande impacto teria sido a reunificação da Alemanha.

Jürgen Habermas não concebe o apego aos princípios constitucionais como uma assinatura mecânica e distante de princípios subjetivos. No que diz respeito à história alemã, ele convida seus concidadãos a considerarem sua Constituição como uma “conquista”. Ao defender essa lealdade aos princípios constitucionais, Jürgen Habermas se permitiu pensar em uma forma de lealdade pós-nacional, válida entre os povos que compartilhavam os mesmos princípios constitucionais, além das fronteiras de seu Estado-Nação.

No âmbito de uma economia globalizada, os Estados nacionais só podem melhorar a capacidade competitiva internacional das suas “posições” trilhando o caminho de uma autolimitação da capacidade de realização estatal: isto justifica políticas de “desconstrução” que danificam a coesão social e que põem à prova a estabilidade democrática da sociedade.²⁰⁶

²⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional** - Ensaios Políticos. p. 26.

²⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional** - Ensaios Políticos. p. 67.

Ao assumir o legado do pragmatismo, Habermas também descobre uma articulação deficiente entre teoria e prática. As pretensões de validade expressadas pelos atores-cidadãos são tomadas no fluxo ininterrupto de atos comunicativos e estão constantemente sujeitas a questionamentos: a teoria é, portanto, continuamente testada na prática (filosofia e ativismo).

Se por um lado, a fronteira é confusa entre o indivíduo e o cidadão, as esferas privadas e públicas não são indestrutíveis. Essa é uma das consequências da abordagem comunicativa de Jürgen Habermas: a palavra projeta imediatamente aquele que a apresenta em um espaço de intersubjetividade, onde ela supostamente explica isso; por outro lado, a Cidadania, antes de ser um status que confere direitos, antes mesmo de ser um tema de reflexão filosófica, toma a forma de uma atitude existencial.

As colocações de Jürgen Habermas conduzem para uma análise sobre a possibilidade de uma “identidade europeia”, promovendo a observância de fatores de referência para que tal possibilidade possa se concretizar, como também, atentando para as dificuldades e perigos de tal identidade unificada.

Diante de tão complexa e necessária reflexão, apresenta sua motivação com base em “uma política *configuradora* que exige dos Estados-membros não apenas a eliminação de obstáculos concorrenciais, mas uma vontade comum, que depende dos motivos e da disposição dos próprios cidadãos.”²⁰⁷ E vai além, apresentando o sentimento de Pertencimento político, como legitimação às decisões da política externa, pois, na sua percepção, as

Decisões majoritárias sobre importantes mudanças de rumo da política externa só devem contar com aceitação quando as minorias vencidas forem solidárias. Mas isso pressupõe um sentimento de Pertencimento político. As populações precisam, de certa forma, ‘aumentar’ suas identidades nacionais para expandi-las a uma dimensão europeia. A solidariedade cidadã já bastante abstrata hoje, que se restringe aos membros de uma

²⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. **O Ocidente Dividido**: pequenos escritos políticos X. p. 73.

só Nação, deve ser alargada aos cidadãos europeus de outras nações no futuro.²⁰⁸

Tal posicionamento traz à tona o questionamento sobre a “identidade europeia”. Somente a compreensão e o discernimento acerca de um propósito político a ser trilhado conjuntamente e de uma expectativa crível que proponha um futuro comum com base no bem-estar de todos poderão impedir as minorias dominadas de impedir a vontade da maioria. Essencialmente, é necessário que cidadãos de uma Nação enxerguem cidadãos de outra Nação como “um de nós”.²⁰⁹

No entanto, Jurgen Habermas²¹⁰ alerta para dois pontos instigantes sobre essa “identidade europeia”, as conquistas mais importantes da Europa não formam mais alguma coisa considerada própria da Europa (como direito romano e Código de Napoleão; Democracia e Direitos Humanos), pois se difundiram também em outros continentes; e passaram a compartilhar também o costume intelectual que se caracteriza pelo individualismo, racionalismo e ativismo. Além disso, a consciência nacional dos Estados, da sua cultura e história própria, tinha uma força própria em relação aos demais Estados. Ainda assim, pode-se reconhecer na Europa, pela visão do não-europeu, “que a Europa dá uma cara própria à sua ampla diversidade cultural”.

Na extensão lógica de uma Cidadania entendida em termos legais e participativos, esta pode ser considerada como uma oportunidade para examinar a ideia aparentemente paradoxal da Cidadania europeia e questionar a relevância do conceito de patriotismo constitucional para estabelecer um vínculo cívico em uma era pós-nacional. A durabilidade dessa ligação, sem dúvida, depende de uma cultura política compartilhada que pode se espalhar pelo continente dentro de um espaço público aberto.

Também está subentendida toda a sua concepção de Cidadania cosmopolita, ou seja, no Estado de transição em que os Estados-Nação estão

²⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. **O Ocidente Dividido**: pequenos escritos políticos X. p. 73.

²⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. **O Ocidente Dividido**: pequenos escritos políticos X. p. 73.

²¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **O Ocidente Dividido**: pequenos escritos políticos X. p. 75.

atualmente localizados, entre o direito internacional e o direito que poderá passar a ser considerado cosmopolita. Surge, portanto, a possibilidade de ligação entre a solidariedade que une os cidadãos do mundo à ideia de responsabilidade cosmopolita.

Sob esse enfoque, com a notável preocupação de abarcar Direitos Nacionais e Direitos dos Imigrantes, nasce a difícil tarefa de abordar as tensões entre o caráter particular nacional da Cidadania tradicional e as novas formas de Cidadania que emergem das lutas concretas pela extensão dos direitos dos migrantes, por exemplo, envolve refletir sobre as diferentes dimensões do conceito de Cidadania diante da mobilidade humana.

O maior avanço quanto à mobilidade no plano internacional foi a garantia ao direito à nacionalidade: ninguém pode ser desprovido dela e fica garantido o direito de alterá-la, se assim o indivíduo desejar. O grave problema dos apátridas, e mesmo de algumas minorias, desguarnecidos da sua nacionalidade e impedidos de readquirir outra, em tese, poderia estar assim resolvido. O indivíduo teria o direito, segundo a Declaração de Direitos Humanos, de não ser destituído de sua nacionalidade em seu país de origem, assim como de requerer outra nacionalidade no país escolhido como seu novo domicílio.²¹¹

Por um lado, envolve discussões dentro das Democracias (os debates sobre o voto estrangeiro e a importância dos movimentos sociais e políticos dos migrantes para questionar o lugar pré-designado pela comunidade anfitriã para eles). E de outro lado, nas próprias fronteiras das Democracias e além e através dos processos de transnacionalização da Cidadania (associados ao reconhecimento dos direitos políticos dos cidadãos que vivem no exterior e à construção de Cidades regionais).

A Cidadania é um conceito flexível que tem acompanhado formas variáveis de participação nos assuntos de uma comunidade. Os próprios gregos

²¹¹ HUNT, Lynn. **A invenção dos Direitos Humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 232.

definiram o cidadão, antes de tudo, pela sua participação nos assuntos comuns e a partir da simetria existente, ou que se pretendia ter, entre governados e governantes.

Os atuais debates sobre as ligações entre Cidadania e migração apontam que é necessário questionar a nacionalidade como fundamento (pelo menos exclusivo e excludente) da Cidadania. É necessário estender a Cidadania adicionando, ao critério incondicional de nacionalidade, o critério condicional de residência para a determinação da participação política.

O Transnacionalismo migratório e práticas de Cidadania dos migrantes que envolvem múltiplas escalas além das fronteiras nacionais também desafiam as concepções liberais de Cidadania que liga os indivíduos a apenas um Estado-Nação. Yasemin Soysal²¹², por exemplo, sugeriu que as formas de associação pós-nacionais estão surgindo, alegando que as reivindicações dos Imigrantes por direitos dentro de sociedades receptoras, bem como em seu país natal, estão cada vez mais localizados em discursos "universais" de Direitos Humanos, ao invés de simplesmente enquadrados como direitos de Cidadania.

Mesmo antes da entrada em vigor do Tratado Maastricht que estabeleceu a Cidadania europeia, a doutrina autoritária afirmava que a lei comunitária sobre o princípio da não discriminação com base na nacionalidade contribuem claramente para perceber a "Europa do cidadão", como um princípio que se tornaria de fato uma ferramenta pela proteção do Cidadão comunitário como tal. Neste contexto, nos anos noventa, a introdução da Cidadania europeia tornou-se mais um "instrumento" para garantir, de forma ainda mais ampla, o princípio da igualdade entre os cidadãos europeus. No entanto, alguns problemas permaneceram abertos, pelo que ainda hoje é difícil se referir a um direito genuíno à igualdade entre as pessoas no âmbito do direito da União Europeia.²¹³

²¹² SOYSAL, Yasemin Nuhoglu. **Limits of Citizenship: migrants and postnational membership in Europe.** Chicago/US: University of Chicago Press, 1995.

²¹³ DI COMITE, Valeria. L'uguaglianza tra cittadini europei?. In: TRIGGIANI, Enio (a cura di). **Le Nuove Frontiere della Cittadinanza Europea.** Bari: Cacucci Editore, 2011. p. 91.

Reconhece-se que o princípio da não Discriminação desempenhou uma função significativa para a realização da integração europeia, no entanto, é preciso observar as diferentes situações existentes para seu amparo jurídico, pois:

Per quanto concerne il problema della portata soggettiva del principio di non discriminazione bisogna aver riguardo a diverse situazioni, poichè il trattamento differenziato potrebbe attenersi a fattispecie applicabili agli stranieri, ai cittadini europei e ai cittadini nazionali.²¹⁴

No caso da União Europeia, o Princípio da não Discriminação previsto no artigo 18.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - TFUE²¹⁵ tem a sua expressão natural em relação ao exercício de qualquer liberdade estabelecida pelo direito da União Europeia por um cidadão europeu.

As modalidades de aplicação do princípio da não discriminação com base na Nacionalidade podem, portanto, depender da base jurídica aplicável à circulação dos cidadãos. Por conseguinte, torna-se necessário identificar no único caso de espécie qual é a base jurídica. Isso se dá, também, porque na fase da integração europeia, parece difícil imaginar situações que permaneçam no domínio exclusivo da competência dos Estados-Membros, especialmente considerando que a jurisprudência europeia identificou uma ligação com o direito da União, mesmo em todos os casos em que as regras internas impedem um cidadão nacional de exercer uma das liberdades previstas pelo Tratado ou de dificultar a dissuasão do cidadão nacional.²¹⁶

²¹⁴ DI COMITE, Valeria. L'uguaglianza tra cittadini europei?. In: TRIGGIANI, Enio (a cura di). **Le Nuove Frontiere della Cittadinanza Europea**. p. 92. Livre tradução a autora: "No que diz respeito ao problema do âmbito subjetivo do princípio da não discriminação, é necessário ter em conta situações diferentes, uma vez que o tratamento diferenciado pode ser aplicável aos casos aplicáveis a estrangeiros, cidadãos europeus e cidadãos nacionais."

²¹⁵ O artigo 18 da TFUE cita: - Artigo 18 - No âmbito de aplicação dos Tratados, e sem prejuízo das suas disposições especiais, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, podem adotar normas destinadas a proibir essa discriminação.

²¹⁶ O objetivo de impedir a circulação de pessoas economicamente não ativas é que essa situação não acarrete encargos econômicos para os Estados de acolhimento. Para tanto, já existiam nas diretivas emitidas nos anos 90 elementos para facilitar a livre circulação dos cidadãos comunitários, que não exerciam qualquer atividade econômica. Esta situação foi confirmada pela Diretiva 2004/38/CE, relativa ao direito de cidadania europeia: o art. 24 incorpora o princípio da não discriminação, reconhecendo o direito à "igualdade de tratamento dos cidadãos da União, residentes no território do

Desta forma, através da busca da eficácia das regras de Cidadania europeia que também influenciam aspectos relacionados com a posição dos cidadãos nacionais estáticos, a esfera de competência da União Europeia é consideravelmente alargada a ponto de impedir a Discriminação também em relação a cidadãos que nunca exerceram qualquer direito relacionado com o seu *status* de cidadão europeu.²¹⁷ Por isso é importante destacar o que Antonio Bartolini e Alessandra Pioggia²¹⁸ expõem sobre o Princípio da Igualdade:

Oggi, infatti, l'unificazione, meglio l'integrazione giuridica e sociale avviene mediante diritti, e soprattutto tramite la valorizzazione del principio di eguaglianza, della parità di genere, e del divieto di non discriminazione.

Por um lado, nem todas as pessoas gozam do direito à igualdade de tratamento, pelo que é necessário insistir na identificação exata dos titulares deste direito. Por outro lado, em função do âmbito material de referência, do Princípio da não Discriminação por razões de nacionalidade, podem ter um âmbito diferente, permitindo em alguns casos a aplicação de exceções específicas.

O Princípio da Igualdade é suscetível de múltiplas interpretações, infinitas possibilidades de aplicação e combinações com outras disposições normativas. A principal característica de tal princípio é, portanto, uma alta

Estado-Membro de acolhimento". Contudo, esta disposição no parágrafo 2º estabelece algumas exceções, uma vez que o Estado-Membro de acolhimento não é obrigado a "conceder o direito a prestações de assistência social durante os primeiros três meses de estadia ou a qualquer período mais longo destinado a encontrar local de trabalho, em conformidade com o n.º 4, alínea b), do artigo 14.º da diretiva. Além disso, o mesmo par. 2º do art. 24 prevê que o Estado-membro de acolhimento não é obrigado a conceder a pessoas que não obtiveram o direito de residência permanente "ajuda à manutenção de estudos, incluindo formação profissional, constituída por bolsas de estudo ou empréstimos estudantis, a pessoas que não são empregados ou autônomos, e que não mantêm este status ou seus familiares ". A aquisição do direito de residência permanente também está sujeita ao art. 16 da diretiva de 2004, relativa à residência legal e contínua por um período de cinco anos. Fonte: TRIGGIANI, Enio (a cura di). **Le Nuove Frontiere della Cittadinanza Europea**; Diretiva n.º 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, e o direito dos cidadãos comunitários ao reagrupamento familiar

²¹⁷ DI COMITE, Valeria. L'uguaglianza tra cittadini europei?. *In*: TRIGGIANI, Enio (a cura di). **Le Nuove Frontiere della Cittadinanza Europea**. p. 109.

²¹⁸ BARTOLINI, Antonio; PIOGGIA, Alessandra (Org.). Percorsi e prospettive dell'amministrazione dei diritti e dei doveri a 150 anni dalle leggi di unificazione amministrativa. p. 15. Livre tradução da autora: De fato, hoje, a unificação é a melhor forma de integração legal e social, sendo alcançada através de direitos e, acima de tudo, através do aprimoramento do princípio de igualdade, paridade de gênero e a proibição da não-discriminação.

indeterminação que requer interpretação, aplicação e relação para encontrar a concretização legal.

Antes de ser um princípio legal, a igualdade é, portanto, um princípio de natureza social e moral, que é posteriormente traduzido em regras normativas. Seu fundamento histórico é a rejeição da sociedade baseada em privilégio e discriminação, e seu valor de base é a convicção internalizada da igual dignidade humana para todos.

3.3 A INFLUÊNCIA DA PERCEPÇÃO DO PERTENCIMENTO²¹⁹

Do latim, *pertinentia*, pertencer é a relação que tem uma determinada coisa com quem tem direito a essa coisa. O conceito é, portanto, usado para nomear o que é propriedade de uma determinada pessoa. No nível social, pertencer é a circunstância de fazer parte de um grupo, de uma comunidade.

O Pertencimento é entendido como o grau de conexão e identificação que um indivíduo manifesta com a Sociedade, com instituições e grupos dos quais faz parte. Pertencer é fundamental para a cooperação da sociedade e para que as sociedades possam lidar com as tendências de desintegração e fortalecer a inclusão e a coesão social.

A percepção que temos de mundo hoje é, ao menos no lado ocidental, de que o capitalismo insiste no liberalismo do Estado Moderno, mas olvida-se que, para que seja garantida a igualdade, a liberdade deverá ser diminuída, pois o número de habitantes no planeta ultrapassa os 07 (sete) bilhões e o controle exercido pelo Estado no século XVIII já não alcança mais a liberdade exigida, e por vezes garantida juridicamente, do século XXI.

O Pertencimento também é usado para indicar formas específicas de relações sociais entre os indivíduos. É assim que falamos das Relações de

²¹⁹ Parte deste subcapítulo foi retirado da publicação conjunta:

BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar; QUINTERO, Jaqueline Moretti. Transnacionalidade e civilização empática: principais desafios. **Para além, do Estado Nacional**: dialogando com o pensamento de Paulo Márcio Cruz. Florianópolis: EMais, 2018. p. 149-160.

Pertencimento, aludindo às variadas formas de troca, cooperação ou proteção que se estabelecem entre os indivíduos quando se atribui mutuamente alguma ligação, um fim ou um Interesse Comum, uma mesma fé, uma família comum, social, cultural.²²⁰

As questões relacionadas a esse sentido do termo dizem respeito, em particular, aos processos de constituição e reprodução de grupos ou redes sociais dentro dos quais se criam relações privilegiadas semelhantes, o reconhecimento dos indivíduos como componentes desses grupos ou redes sociais. A partir de certas peculiaridades comuns, são estabelecidas as regras, para manutenção e acesso, como também para a exclusão.

Na verdade, cada indivíduo é caracterizado, de um lado, com características sociais que indicam a participação em grupos ou classes e, por outro, pelas características pessoais dos atributos específicos e individuais de cada um, sendo que os primeiros traços definem a identidade social de uma pessoa. Assim, a identidade social refere-se ao fato de que o indivíduo se vê como semelhante a outros pertencentes ao mesmo grupo ("nós"), mas também há uma diferença, uma especificidade deste nós se comparado aos membros de outros grupos ou categorias ("eles"). Quanto mais identificação houver em um determinado grupo, mais haverá diferenciação deste grupo com relação aos outros.

A identidade social de uma pessoa refere-se a sua percepção e entendimento de pertencer a certos grupos sociais e ao significado emocional e avaliativo resultante desse Pertencimento. É, portanto, por meio dessa percepção de Pertencimento em relação a um grupo específico, comparativamente a grupos diferentes, que o indivíduo adquire uma identidade social que define o lugar particular que ocupa na sociedade.

A migração é um fenômeno que sempre caracterizou a história dos povos. Isto é, de um fenômeno natural e universal que ainda hoje afeta muitas populações. No entanto, nos últimos anos, esse fluxo migratório só aumentou em nome de diversas circunstâncias, como crises políticas, ambientais e, também, é

²²⁰ No trabalho ora apresentado, utilizaremos as categorias pertencimento, pertença e sentimento de pertencimento como similares.

claro, de interesses individuais para atingir uma maior qualidade de vida. De fato, esses deslocamentos maciços de pessoas se tornaram um evento permanente e não mais algo temporário ou pontual, como eles poderiam ser considerados anteriormente. Além disso, as atuais trajetórias de migração se intensificaram e diversificaram.

O fenômeno da Imigração tem uma força expressiva no plano existencial difícil, muito própria, particular. Com a experiência da Imigração, entra em jogo uma questão essencial na experiência de cada pessoa, como é o sentimento de Pertença. O *status* de Imigrante torna-se, assim, o fato biográfico central, o fato primordial e o ponto de partida dos conflitos de identidade nunca antes imaginados. Qualquer detalhe do comportamento do imigrante, dos seus hábitos, do seu discurso, do seu sotaque, irá, continuamente, traí-lo como diferente, como um estrangeiro. O Imigrante vive como um assunto constantemente fora de lugar, porque o natural seria ele permanecer onde nasceu, o lugar de Pertencimento indubitável.

Ao se observar as mudanças trazidas pelo advento da Globalização, pode-se perceber um mundo cada vez mais consumista e individualista, que exige seus direitos, mas que, por vezes, esquece-se de cumprir com suas obrigações. Estamos todos em um mesmo globo, com problemas que não diferenciam mais regiões planetárias, como as alterações climáticas. Mas essa mesma aldeia global, para citar o conceito criado por Marshall McLuhan²²¹, encontra diferenças paradoxais que não permitem o atingimento de equilíbrios minimamente aceitáveis para uma Sociedade que se diz civilizada.

Com a crise do feudalismo, o decurso da expansão marítima europeia e o crescimento gradativo do capitalismo, ocorreu a primeira grande transmigração humana em escala universal, dando início ao que chamamos hoje de Globalização. Mas é com a crise dos Estados Absolutistas e com as Revoluções Burguesas que o

²²¹ O conceito de aldeia global foi concebido pelo teórico da comunicação canadense Herbert Marshall McLuhan na década de 60, para descrever os impactos da comunicação de massa sobre a Sociedade contemporânea em todo o mundo. Segundo ele, a diminuição das distâncias e a maior velocidade da comunicação global conduziria a humanidade a um regime de retribalização, onde barreiras culturais, étnicas, geográficas seriam relativizadas, encaminhando-nos a uma homogeneização sociocultural. McLUHAN, Marshall. **Gli Strumenti del Comunicare**. Traduzione di Ettore Capriolo. Milano: Il Saggiatore, 1967. p. 365-368.

princípio da Nacionalidade passa a imperar sobre as regras políticas de Estado e a subordinar a organização da vida em Sociedade, interferindo diretamente na vida do indivíduo.²²²

Nos dizeres de Zygmunt Baumann

Para alguns, “Globalização” é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, “Globalização” é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo “globalizados” — e isso significa basicamente o mesmo para todos.²²³

Mesmo conhecedores dos Princípios de Igualdade estabelecidos nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito, é fático perceber que não se trata de ausência de princípios ou de regras que garantam a igualdade entre os homens, mas sim a efetividade para fazer cumprir este Princípio tão nobre e histórico.

Neste mesmo segmento, apresenta-se o entendimento de que o Direito que sobreviria a um espaço político-jurídico transnacional seria traçado com base em princípios de inclusão social e de proteção ao meio ambiente, na busca por alternativas de legitimidade democrática para melhor distribuir, transmitir e modificar, em normas jurídicas, as demandas oriundas do processo de desterritorialização do Estado Constitucional Moderno.²²⁴

Uma característica importante da Nação é o sentimento de Pertencimento comum de cada indivíduo ao grupo onde o indivíduo se identifica com o grupo. O puro sentimento de identificação com a Nação não é considerado

²²² ALBUQUERQUE JÚNIOR, Durval Muniz de. **Xenofobia**: medo e rejeição ao estrangeiro. São Paulo: Crotez, 2016. p. 53.

²²³ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 7.

²²⁴ FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. **Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica**. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). v. 2, n.2, jul-dez.2010. p 96-111. p. 101.

Nacionalismo como tal, mas o Nacionalismo como um fenômeno também produz identidade Nacional e incentiva indivíduos para se identificarem com o grupo.

Para argumentar a necessidade de construção e do alicerçamento de uma teoria baseada na Transnacionalidade, em níveis jurídicos e sociais, é importante destacar que esta conjectura não será possível enquanto ela não for percebida pelas pessoas que dela participarão, direta ou indiretamente. Torna-se relevante demonstrar e fazer sentir que, enquanto existirem diferenças de ordem social, haverá distanciamentos de interesses, o que torna conflitivo o objetivo de buscar um equilíbrio social minimizando as assimetrias hoje existentes.

É imperativo que novos debates sobre a solução de problemas similares e a obtenção de resoluções benéficas à grande maioria sejam feitos para a reflexão sobre a importância de conceitos com significados e aspectos tão essenciais para o bom convívio em comunidade e a manutenção da dignidade da pessoa humana. Conceitos estes que, quando percebidos pelo homem, poderão modificar o modo de vida em Sociedade. Tais conceitos conhecidos como a solidariedade enquanto princípio e ligação recíproca de pessoas, e o Pertencimento no sentido de vincular-se e harmonizar-se com o outro, por estabelecer com este um sentimento de cumplicidade.

Essa situação reflete a mesma encontrada por Jeremy Rifkin²²⁵ sobre quando falamos em construir uma civilização empática, falamos sobre a capacidade e aptidão do ser humano em manifestar sua solidariedade, não apenas entre si, mas para com indivíduos semelhantes que possuem uma e apenas uma vida neste pequeno planeta. Empatia é o que nos permite ampliar a nossa sensibilidade ao outro, para que então possamos perseverar na possibilidade do surgimento de grupos sociais que tenham maior amplitude.

Essa maior amplitude requer a percepção do Pertencimento, a busca por objetivos comuns e sentimentos compartilhados que permitam respeitar a liberdade do outro, mas exigindo comprometimento de respeito daquilo que é interesse e direito

²²⁵ RIFKIN, Jeremy. **La Civilización Empática** – la carrera hacia una consciència global en un mundo en crisis. Trad. de Genis Sánchez Barberán y Vanesa Casanova. Barcelona: Paidós, 2010. 696 p.

coletivo. Tais sentimentos de empatia, Pertencimento e solidariedade poderão proporcionar a efetividade do princípio de igualdade, que deve ser cada vez mais observado nas Sociedades contemporâneas em constante evolução. Por isso é importante destacar a categoria cidadão atrelada ao sentimento de Pertencimento.

Nesse contexto, explicita-se a categoria Cidadão como a pessoa considerada como um membro ativo de um Estado, detentor de direitos políticos e sujeito às suas leis. Pode-se dizer, assim, que Cidadania é o que expressa o Pertencimento de um indivíduo a uma determinada sociedade em que, claro, ele participa ativamente em todos os seus níveis. Ser cidadão deste ou daquele território implica ter desenvolvido o sentimento de Pertencimento e identidade com aquele espaço delimitado geograficamente e no/com o qual interage socialmente com responsabilidade, ao passo que estará abrigado com os direitos estabelecidos, como também deverá respeitar as obrigações pertinentes decorrentes desse status.

O homem é capaz de autocompreensão, que escolhe, com toda a responsabilidade, ser o autor de sua própria vida. Esses dois aspectos se juntam para delinear uma definição do homem a partir da qual Habermas²²⁶ pode então desdobrar sua teoria do Cidadão. As habilidades, as potencialidades, as garantias feitas nos níveis antropológico, pragmático e existencial determinam a orientação de toda a vida cívica possível e determinam decisivamente o tipo de Pertencimento de um indivíduo à sua comunidade.

Tal constatação leva à percepção da necessidade de uma reflexão sobre a importância do Pertencimento e da Solidariedade que integrarão a reconsideração sobre o modo como vivemos em Sociedade nos dias atuais, fazendo-se ponderar sobre uma maior integração social, por força de interesses comuns, mas também, e principalmente, na capacidade de colocar-se no lugar do outro em um exercício de alteridade para evolução e manutenção da própria espécie no planeta, para a coexistência pacífica e caminhando-se para uma civilização empática. De tal modo,

[...] l'esistenza stessa delle costituzioni sta a dimostrare che per il riconoscimento delle persone e la pratica effettiva dei loro diritti è

²²⁶ HABERMAS, Jürgen. **O Ocidente Dividido**: pequenos escritos políticos X. p. 105.

necessaria una comunità politica, cioè una rete di rapporti interpersonali con altre persone. A tutti noi preme di essere riconosciuti come persone soprattutto da coloro che fanno parte del nostro contesto di vita e con cui intrecciamo relazioni significative. Non basta che tale riconoscimento provenga da altre parti del mondo o da altri popoli. Per questo la cittadinanza è un aspetto essenziale del concetto di "persona costituzionale."²²⁷

É a partir da noção de Pertencimento ao grupo e da aceitação do grupo para com esse novo integrante, que se poderão, então, buscar subsídios jurídicos inclusivos que permitam a participação desse novo membro junto ao grupo em caráter social, econômico e político, atribuindo direitos e exigindo o cumprimento de obrigações, para que se tenha uma paridade perante todos. O Pertencimento está, portanto, diretamente ligado à igualdade.

Parece, portanto, oportuno reproduzir aqui pequeno texto de Hannah Arendt²²⁸, que ressalta:

É pelo fato de a igualdade exigir que eu reconheça que todo e qualquer indivíduo é igual a mim que os conflitos entre grupos diferentes, que por motivos próprios relutam em reconhecer no outro essa igualdade básica, assumem formas tão terrivelmente cruéis.

O instituto de Cidadania coloca indivíduos, mulheres e homens, independentemente da sua origem, compartilhando de uma base em direitos iguais (assim como de responsabilidades iguais).

Além das diferenças de denominação entre cidadãos nativos e não nativos, o que conta é o reconhecimento do *status* do indivíduo enquanto membro da comunidade social. Uma outra dimensão igualmente importante é a insistência, por

²²⁷ VIOLA, Francesco. Costituzione e Costituzionalismi. In: **Iustitia**, 62 (2), 2009. p. 247-255. p. 254. Livre tradução da autora: “[...] a própria existência das constituições demonstra que, para o reconhecimento das pessoas e a prática efetiva de seus direitos, é necessária uma comunidade política, isto é, uma rede de relações interpessoais com outras pessoas. Todos nós sentimos que somos reconhecidos como pessoas, especialmente por aqueles que fazem parte do nosso contexto de vida e com quem tecemos relacionamentos significativos. Não é suficiente que esse reconhecimento venha de outras partes do mundo ou de outros povos. É por isso que a cidadania é um aspecto essencial do conceito de "pessoa constitucional".”

²²⁸ ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. 825 p. Título original: The origins of totalitarianism. p. 94.

meio da Cidadania, sobre o que é comum a todos os membros do corpo social: a categoria igualdade se baseia em um reconhecimento comum da Constituição e da legislação do país, que estabelece a estrutura que todos os seus membros respeitam.

É a partir desse quadro que se torna possível apreender de forma positiva e mais serena a questão da diversidade de identidades culturais ou religiosas. O alicerce legal e a Cidadania nos permitem determinar os fundamentos e contornos claros dentro dos quais a diversidade de identidades deve ser pensada: a especificidade das memórias, a riqueza das culturas e as peculiaridades das práticas religiosas devem ser apreendidas, nutridas e positivamente pensadas, para que seja possível assegurar que os termos de lei e igualdade sejam reconhecidos e assumidos por todas as instituições que representam a autoridade pública e todos os indivíduos na comunidade.

De fato, o exercício da Cidadania europeia é pensado de acordo com o espírito que prevalece no Estado-Nação. Ao fazê-lo, somos impedidos de pensar nas condições sociais e políticas do exercício reflexivo da verdadeira Cidadania política. Nesta última perspectiva, a proposta não pode mais ser a de uma nova comunidade de Pertencimento a ser forjada, mas a de um novo tipo de exercício público a ser determinado. Essa comunidade só pode ser gerada pela própria atividade democrática.

Se a Cidadania deve ser uma Cidadania verdadeiramente pós-nacional, não só no sentido de estar subordinada a um nível político do Estado-Nação, deve-se propor uma alternativa que possua uma forma e delimitações espaciais mais amplas que o próprio Estado, para atingir a diversidade de composição de indivíduos dentro desse “Estado-Nação”.

Sendo assim, é importante perceber que a experiência contemporânea de Cidadania não está unida apenas a uma lógica de mobilização de indivíduos e de suas diferentes origens e afiliações. Esse fenômeno totalmente novo vem justamente colocar em questão a possibilidade de um exercício democrático que supostamente só poderia ocorrer em esferas claramente definidas de Pertencimento.

No capítulo seguinte, trabalharemos com a Democracia como elemento de integração, especialmente para o Refugiado, e a possibilidade de futura participação política no Estado receptor desse Imigrante.

Capítulo 4

DEMOCRACIA E MIGRAÇÃO²²⁹

4.1 DEMOCRACIA COMO ELEMENTO DE INTEGRAÇÃO

A questão da relação entre Democracia como regime e Democracia como forma social é absolutamente essencial, porque podemos conceber regimes democráticos ligados a tipos de exclusão. Também se pode imaginar uma forma de Democracia dentro de um grupo extremamente limitado e fechado, no qual os princípios do voto, eleição e controle governam apenas a política desta pequena Sociedade.

A questão do regime não se separa das formas de Sociedade. Se se pretende escrever uma história geral da Democracia, devemos, portanto, fazer a ligação entre Democracia como atividade cívica e Democracia como regime. É esse elo que permitirá comparar a Democracia moderna com a Democracia antiga, mesmo com formas primitivas de Democracia.

A Democracia como atividade cívica pode ser entendida como a maneira que a pessoa possui para participar na decisão estratégica de um projeto, de uma associação ou de uma organização (instituição), afetando o ambiente no qual está inserida. A Democracia como regime pode ser entendida como o regime político no qual a soberania é exercida pelo povo (Hobbes, Bodin, Rousseau).

O desejo de uma Sociedade de iguais é expresso através de uma reivindicação de similaridade, uma reivindicação de independência e uma reivindicação de cidadania (isto é, participação coletiva). Durante a Revolução Francesa, a ideia de cidadania é inseparável da ideia de participação e da ideia de comunidade. Hoje, em contraste, a cidadania é definida pelo fato de ser portadora de

²²⁹ Partes deste capítulo contêm trechos de capítulo de livro publicado em:

QUINTERO, Jaqueline Moretti. Democracia e Cidadania: aspectos migratórios catarinenses na atualidade. In: Rafael Padilha dos Santos. (Org.). **Migrações transnacionais no Estado de Santa Catarina**. Itajaí: UNIVALI, 2017, v. 1, p. 63-76.

direitos e pelo fato de ter uma jornada própria pelo direito ao voto, que não existia na época nem na cultura francesa.

A reflexão teórica foi, sem dúvida, inspirada no exemplo da Europa Ocidental, que associa estados de tamanho e poder equivalentes em uma fórmula cuja lógica setorial progrediu em direção ao domínio político, para deduzir que a Democracia era uma condição para integração bem sucedida.

Para o processo de integração, é necessário envolver diferentes atores de diferentes países, todos com uma cota de poder para negociar sua participação em mecanismos comunitários. Isso significa que eles têm espaço de manobra suficiente em seu país e que encontram aliados em outros países.

A concentração de poder é, portanto, um obstáculo e a situação mais favorável é uma espécie de supranacionalidade política. Naturalmente, quanto mais categorias sociais estiverem envolvidas, maior será a integração entre o econômico e o político. Em outras palavras, quanto mais modernas e pluralistas forem as estruturas sociais dos diferentes Estados, maiores serão as áreas de intervenção dos mecanismos comunitários, pois cada grupo social tenderá a se engajar em redes Transnacionais. A integração ideal torna-se, então, uma coletividade comunitária, onde certamente existe uma instituição central, mas onde muitos atores intervêm na tomada de decisões.

A proposição para a possibilidade de uma democratização universal e assimilatória é motivo de questionamentos cada vez mais crescentes e entusiastas sobre o futuro do migrante e sua participação no Estado receptor, assim como a forma com a qual os Estados, em uma perspectiva mundial, estarão dispostos a lidar com essa questão nos quesitos sociais, econômicos, políticos e jurídicos.

A referida democratização universal e assimilatória poderia ser entendida como a capacidade do Estado de receber e aceitar o indivíduo, independentemente de sua origem, e de permitir que ele integre e participe nas atividades sociais e políticas desse Estado receptor, possibilitando a ampliação do

entendimento de pertencimento e solidariedade entre indivíduos e Estados, numa perspectiva de coesão cultural e, posteriormente, jurídica.

Conforme o argumento sustentado por Seyla Benhabib, desde a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas em 1948, entramos em uma fase da evolução da Sociedade Civil global caracterizada por uma mudança das normas de justiça internacional para as normas cosmopolitas. Os padrões internacionais de justiça surgem, na maioria dos casos, através de compromissos decorrentes de tratados e acordos bilaterais ou multilaterais entre os Estados e seus representantes. Estes regem as relações entre estados e outros atores que estão autorizados a atuar como representantes estaduais em vários campos que vão da indústria ao comércio, guerra e segurança ao meio ambiente e à informação.²³⁰

De tal modo, as normas que tutelam os direitos humanos se caracterizam pela força de instituir um vínculo solidário entre as partes contraentes; trata-se, portanto, de normas que não desenvolvem relacionamentos sinalagmáticos entre os Estados, mas figurativamente definem as normas que as complementam. Isso significa que o tratamento do estrangeiro não é mais questão destinada para exaurir-se na relação entre Estado territorial e aquele de origem ou associação. A tutela do indivíduo não é remetida simplesmente a avaliações gerais e discricionárias que caracterizam o instituto da proteção diplomática, mas torna-se objeto de valorização da parte de todos os Estados contraentes.²³¹

Hoje, após significativo progresso nos costumes, trazendo consigo o prestígio do princípio democrático, maior respeito pelos valores humanos, e havendo se instaurado certos mecanismos internacionais de proteção dos direitos do homem e de seu controle, mesmo à distância, pela opinião pública, vai deixando a cena a velha ideia de que o Estado deva uma proteção diferenciada a estrangeiros. O que se lhe exige, na realidade contemporânea, é um tratamento igualitário, uma política não discriminatória entre estrangeiros e nacionais no que concerne ao quadro elementar dos direitos civis.²³²

²³⁰ BENHABIB, Seyla. **Cittadini Globali**: cosmopolitismo e democrazia. Bologna: Mulino, 2008. ps. 14-15.

²³¹ CALAMIA, Antonio M.; DI FILIPPO, Marcello; GESTRI, Marco. **Immigrazione, Diritto e Diritti**: profili internazionalistici ed europei. p. 15.

²³² REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 13. ed. rev., aumen. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 319.

É possível observar que os propósitos para os quais as pessoas comuns queiram a Democracia política ou o voto ainda não foram completamente cumpridos por qualquer meio. Mas deve-se destacar que se deve ir mais longe do que isso e reconhecer que a própria Democracia política não foi realizada simplesmente dando a todas as pessoas adultas um voto em geral nas eleições locais.

O princípio da igualdade de poder político que é incorporado na posse de todos, e cada um dos cidadãos de um voto, contrasta fortemente com as flagrantes desigualdades na distribuição do poder político em quase todos os outros aspectos importantes. Não se trata apenas de examinar a distribuição de poder e influência em relação aos órgãos oficiais de decisão, nem mesmo o poder sobre as mentes e os sentimentos das próprias pessoas, embora em ambos os casos essa distribuição seja manifesta e grotescamente desigual. É também uma questão de entender o próprio poder, como é exercido e onde está.²³³

Referindo-se a um marco conceitual apresentado por Antony Arblaster como princípios democráticos, a igualdade e a liberdade são frequentemente indicadas, enquanto na realidade esses dois princípios são diferentes e muitas vezes se opõem à sobreposição, ao conteúdo e aos efeitos. Mais precisamente, apenas a igualdade pode ser vista como um princípio democrático na política doméstica. A liberdade política interna é o princípio do estado de direito burguês, que é acrescentado ao modificá-lo aos princípios político-formais, tanto monárquicos como aristocráticos, para se tornar democrático.²³⁴

Na palavra "liberdade", deve-se dizer que pode ser entendida enquanto a liberdade no sentido de uma liberdade que, por natureza, é individual para cada homem individual, é um princípio liberal. Ela entra em uma Constituição Moderna que é precisamente a regra da lei, mas não como um princípio político-formal. Todos estão aqui "igualmente livres". Todas essas definições ou caracterizações apontam apenas momentos ou consequências individuais do princípio Democrático da igualdade,

²³³ ARBLASTER, Anthony. **Democracy**. Maidenhead: Open University Press, 1987. ps. 100-101.

²³⁴ SCHMITT, Carl. **Dottrina della Costituzione**. p. 295.

enquanto que o verdadeiro significado de cada um desses momentos deve ser deduzido de uma discussão sistemática do conceito democrático fundamental, a saber, a igualdade.²³⁵

Antony Arblaster defende que a "Democracia", como "liberdade" ou "igualdade", é, de fato, um termo com um núcleo comum de significado que se encontra sob todos os diversos usos e interpretações que foram feitas do termo. Esse núcleo de significado é necessariamente geral e vago para permitir que qualquer significado seja colocado no mundo.

Enfatiza ainda que, na raiz de todas as definições de Democracia, por mais refinadas e complexas que sejam, reside a ideia do poder popular, de uma situação em que o poder, e talvez a autoridade também, recai sobre o povo. Esse poder ou autoridade geralmente é considerado como político e, muitas vezes portanto, assume a forma de ideia de Soberania popular - o povo como a autoridade política suprema.²³⁶

No entanto, esclarece Robert Dahl²³⁷ que: “Quando um país democrático inflige uma injustiça, mesmo seguindo procedimentos democráticos, o resultado continuará sendo [...] uma injustiça. O poder da maioria não faz o direito da maioria.”²³⁸

As normas cosmopolitas da justiça vinculam os indivíduos como pessoas morais e jurídicas de uma Sociedade Civil Global. Embora as normas cosmopolitas

²³⁵ SCHMITT, Carl. **Dottrina della Costituzione**. p. 296.

²³⁶ ARBLASTER, Anthony. **Democracy**. p. 08.

²³⁷ O modelo da poliarquia de Roberto Dahl é fundamentalmente "liberal" (ele admite a necessidade de representação, insiste no pluralismo de interesses e mecanismos de freios e contrapesos para limitar o poder), mas também é "democrático", na medida em que se mostra tal poder no âmbito das poliarquias. Mesmo considerado um modelo "dominado", não é totalmente desprovido do poder político: são, na verdade, regimes em que não só existem vários polos de poder, mas onde os mais numerosos participam do poder, porque estariam incluídos no sistema político. Em seu estudo sobre as transformações contemporâneas de regimes poliárquicos, são caracterizados ao mesmo tempo pela inclusão cada vez maior de indivíduos e grupos sociais das mais diversas classes e culturas (através da extensão dos direitos civis e defesa das minorias), e por um certo renascimento das desigualdades sociais. Fonte: DAHL, Robert Alan. **Sobre a Democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2001; DAHL, Robert. **A Democracia e seus Críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

²³⁸ DAHL, Robert Alan. **Sobre a Democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2001. p. 60.

decorram de acordos semelhantes a tratados, que podem ser considerados como a Carta das Nações Unidas para os Estados signatários, a sua peculiaridade é que eles têm direitos e títulos para os indivíduos e não para os Estados e seus representantes. Essa é a característica distintiva de muitos acordos de Direitos Humanos assinados após a Segunda Guerra Mundial. Eles apontam para um movimento definitivo de um modelo de direito internacional baseado em tratados entre estados para uma lei cosmopolita entendida como uma lei pública internacional que vincula e submete a vontade de estados soberanos.²³⁹

Mesmo considerando as normas relativas aos direitos do homem e do cidadão advindas da Revolução Francesa e os Direitos Constitucionais da Revolução Americana que consagram os princípios da igualdade e da Soberania popular, como precursores de normativas que viriam posteriormente, para desenvolver e ampliar os Direitos Humanos a todos os povos, os princípios de liberdade e igualdade não conseguem alcançar sua legitimidade e abrangência almejada, dada a insuficiência de políticas públicas preocupadas efetivamente com o tema e a própria falta de representação social e representatividade política frente aos órgãos competentes do Estado.

As insuficiências do liberalismo estavam em grande parte presentes na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa de 1789, expressão ideológica do triunfo da burguesia, cujo artigo final vinha definindo e fixando em seu artigo 17 a propriedade como “um direito inviolável e sagrado”. Isso, no contexto capitalista, de fato levou a um insuficiente respeito dos direitos e liberdades dos homens não proprietários, melhor dizendo, dos proprietários.

Igualmente, e em conexão com essa percepção, a lei aparece mais como expressão da Soberania nacional (a Nação como um todo) do que da Soberania popular (Soberania pertencente a todos e cada um dos cidadãos); em consequência, os cidadãos serão depois divididos em dois tipos, ativos e passivos, em razão precisamente de sua contribuição tributária, tomando como base impositiva a

²³⁹ BENHABIB, Seyla. **Cittadini Globali**: cosmopolitismo e democrazia. ps. 14-15.

propriedade privada, e só os primeiros (proprietários contribuintes) formarão parte do corpo eleitoral.²⁴⁰

Fica cada vez mais evidente que a Democracia política exige como base a Democracia socioeconômica. Sem esta, aquela é inviável e, nessa situação, as decisões são feitas de forma antidemocrática nos dois sentidos: vêm adotadas pela oligarquia capitalista e respondem a interesses predominantes dessa oligarquia. Democracia real e neocapitalismo não são, em modo algum, termos conciliáveis, sobretudo em nível internacional.²⁴¹

A ideia de Democracia como sistema complexo, aberto, que se auto-organiza e se autodetermina, supõe um conceito muito mais profundo que aquele de simplesmente eleger seus governantes. É necessário mais que isso, é importante escolher a ideia de um regime político democrático, e não apenas o simples procedimento democrático.²⁴²

O que caracterizam as Democracias modernas é a relação entre o cidadão e os poderes públicos, sejam eles do Estado, das Regiões, dos Municípios ou de outras estruturas públicas territoriais denominadas. Os aparatos que exercem poderes públicos são entidades distintas dos sujeitos e das formações sociais sobre os quais governam. Eles encontram um momento de conexão com a comunidade através de um órgão de assembleia no qual os representantes dos povos se reúnem.²⁴³

O conteúdo essencial da Democracia consiste, portanto, na complexidade das regras de procedimento mediante o qual se estabelece *quem e como* deve comandar em nome da coletividade. Os aspectos mais importantes do regime democrático são, entretanto, trazidos de volta ao controle do cidadão sobre

²⁴⁰ DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. Madrid: Taurus Ediciones, 1983. p. 29.

²⁴¹ DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. p. 112.

²⁴² VIADEL, Antonio Colomer. **Constitución, Estado y Democracia en el Siglo XXI**. 2. ed. Valencia: Editorial Nomos, 2003. p. 84.

²⁴³ MIGLINO, Arnaldo. **Il Colore della Democrazia**. Roma: M.C.R. Editrice, 2006. p. 156.

quem detém o poder e o caráter pacífico desse controle. Mais precisamente, as instituições democráticas.²⁴⁴

A representatividade, ideologicamente falando, deveria atender efetivamente aos apelos da maioria, com o intuito de utilizar de suas forças políticas para levar adiante projetos de forma concreta que alcançassem as necessidades de interesses coletivos. Porém, cabe aqui ressaltar dois elementos interessantes para que possamos fazer uso da exigência de representatividade efetiva: o primeiro elemento seria definir quem seria “a maioria”; e o segundo elemento estabelecer quais são os “interesses coletivos”.

A maioria aqui considerada poderia ser, conforme categorizado por Carl Schmitt²⁴⁵, por tipos de maioria muito diferentes, a saber: (a) a maioria dos cidadãos ativos que participam da votação; (b) a maioria de todos os cidadãos ativos, independentemente de participar na votação ou não; c) a maioria da população de um país.

Em se tratando da maioria dos cidadãos ativos que participam da votação, estariam excluídos aqueles que não possuem Cidadania e, portanto, não têm direito à participação política. Nesse caso, notadamente, os estrangeiros não nacionalizados que não podem votar na sua representatividade nem tampouco acessar ou requerer politicamente assuntos de seu interesse.

Versando sobre a maioria de todos os cidadãos ativos, independentemente de participar na votação ou não, estaríamos ampliando a atuação política de todos os habitantes com capacidade civil de determinado território obrigatoriamente vinculado a um Estado que os representa. Ao se tratar da maioria da população de um país, estaríamos incluindo, além daqueles com capacidade civil, todos aqueles que devem ser representados mesmo que sejam considerados incapazes civilmente, que seriam as minorias.

²⁴⁴ MIGLINO, Arnaldo. **Il Colore della Democrazia**. Pgs. 159-160.

²⁴⁵ SCHMITT, Carl. **Dottrina della Costituzione**. p. 294.

Em razão da globalização comercial, os sujeitos econômicos conseguiram expandir seu território, atingindo a ação de suas relações mercantis em nível global. Antagonicamente, a Sociedade em geral continua local. Existe, assim, uma ruptura na “legitimidade democrática do exercício do poder no espaço territorial de determinado Estado, já que a Sociedade moderna se adaptou ao exercício democrático no âmbito do território estatal. Para que o Estado possa ampliar seus horizontes, tende a proceder intensos contatos com outros Estados ou Organismos Internacionais, por meio, muitas vezes, de estruturas Supranacionais, como na União Europeia, ou por organizações não-governamentais.²⁴⁶

Por outro lado, os “interesses coletivos” seriam difíceis de especificar, já que “a maioria” não é uma e os interesses serão atribuídos a essa “maioria”. Pode haver rupturas nas discussões de interesses coletivos e, ainda, podem existir discussões de temas tão amplos e complexos que poderá levar vários anos de amadurecimento e entendimentos para formulação de uma proposição mais concreta de solução de conflitos.

Compreende-se, assim, que a Democracia para Carl Schmitt²⁴⁷ é uma forma de Estado que corresponde ao princípio de identidade (isto é, do povo concretamente existente com ele mesmo enquanto unidade política). O povo é o titular do poder constituinte e ele próprio dá a sua Constituição. Além disso, a palavra Democracia pode indicar um método de exercício de determinada atividade estatal. Caracteriza ainda uma forma de governo ou de legislação e significa que, no sistema de distinção de poderes, um ou mais destes poderes, por exemplo a legislação ou o governo, são organizados segundo princípios Democráticos com a mais ampla participação possível dos cidadãos.

De todo modo, não será possível alcançar uma “única” proposta de regulação ou normatização que consiga atingir aos “interesses coletivos” em sua plenitude, pois as diferenças existentes no grande grupo são das mais diversas

²⁴⁶ VARELLA, Marcelo. **Internacionalização do direito:** direito internacional, globalização e complexidade. Tese para obtenção do título de Livre-Docência em Direito Internacional. São Paulo: UPS. 2012. p. 46.

²⁴⁷ SCHMITT, Carl. **Dottrina della Costituzione.** p. 293.

matizes, e os interesses individuais estão constantemente ligados às suas realidades pessoais.

O que se pretende, então, com interesses coletivos é atingir o maior número de pessoas do grupo de pertencimento, com iniciativas e normas que possam basear-se minimamente em preceitos considerados justos por essa grande maioria, sem objetivar alcançar sua plenitude de resolução de problemas. Sendo assim, faz-se necessário, sempre que se falar em Democracia, em tratar de interesses coletivos e da maioria.

Como propõe Antonio Viadel, *“La producción social de la vida es el presupuesto necesario para poder hablar de libertades. El respecto a la diversidad de formas de vida es la base de una igual libertad de todos.”*²⁴⁸

A revitalização democrática implica introduzir finalidades e valores os quais os sujeitos tenham capacidade efetiva de decidir e intervir em seu futuro e poder, sobre os meios que os rodeiam. Isto implica uma interdependência entre Democracia política e Democracia econômica. O marco Constitucional deve fomentar esta máxima possibilidade não somente na participação, mas também na decisão efetiva da Cidadania.²⁴⁹

Pode-se observar, na atualidade, que o termo Cidadania aproxima-se cada vez mais da categoria Nação, como se pudéssemos fundi-las e torná-las uma só, embora essa evolução esteja ainda ocorrendo com o desenvolvimento de teorias e práticas políticas e legislativas, que vão fomentar a possibilidade de assimilação única de duas terminologias tão próximas, mas que, dependendo do interesse a que se propõem, podem tornar-se distantes e inconciliáveis.

A modificação do conceito político de Nação popular, segundo Habermas, ocorreu em consequência do conceito de Nação aristocrática, que “havia

²⁴⁸ VIADEL, Antonio Colomer. **Constitución, Estado y Democracia en el Siglo XXI**. p. 84. Livre tradução da autora: “A produção social da vida é o pressuposto necessário para poder falar sobre libertades. O respeito pela diversidade das formas de vida é a base da igualdade de liberdade para todos.”

²⁴⁹ VIADEL, Antonio Colomer. **Constitución, Estado y Democracia en el Siglo XXI**. p. 84.

emprestado do conceito de “nação” [...] a força que o movia à formação de estereótipos.”²⁵⁰ Tal conceito político, segundo Habermas, levaria à “[...] autoestilização positiva da própria nação, transformava-se agora no eficiente mecanismo de defesa contra tudo que fosse estrangeiro, mecanismo de despreço de outras nações e de exclusão de minorias [...].”²⁵¹

Evidentemente que uma taxa de avaliação positiva está agora indissolúvelmente ligada ao conceito de Democracia, mas é, no entanto, possível reduzi-la. As discussões do tema na atualidade, no debate político diário, mas também em parte no uso da filosofia da política acadêmica, vão na direção oposta: a "Democracia" tende a incorporar todos os principais valores políticos: justiça social, igualdade, liberdade, respeito pelos pares, autonomia, direitos.

Jürgen Habermas, quando trata da juridicização da moralidade comunicacional, refere-se ao entendimento de que a lei e a moralidade são primeiramente consideradas como "dois tipos diferentes, mas complementares de padrões práticos".

Explica o referido autor que questões legais se referem ao mesmo problema; trata-se de saber como as relações interpessoais podem ser organizadas de maneira legítima, como as ações podem ser coordenadas de acordo com normas justificadas e como os conflitos práticos, no contexto de regras e regras e princípios normativos reconhecidos intersubjetivamente, podem ser resolvidos consensualmente. No entanto, a lei e a moralidade diferem no aspecto de que a lei possui, por meio da sanção, uma força de obrigação que a moralidade não possui.

De fato, entre a "facticidade" e a "validade", surgiu inevitavelmente a tensão entre a sociologia e o direito. Jürgen Habermas traz além dos parâmetros teóricos, para abordar, de forma original, a questão de uma "factualidade", em que estão as perguntas sobre o "direito", bem como sobre a factualidade dos diferentes

²⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. p. 127.

²⁵¹ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. p. 127.

atores e contextos que podem ser praticados, para a questão e a possibilidade do que pode ser considerado como "certo":

Entrementes as Sociedades modernas tornaram-se tão complexas ao ponto de essas duas figuras de pensamento - a de uma Sociedade centrada no Estado e a da Sociedade composta de indivíduos - não poderem mais ser utilizadas indistintamente. [...] O Estado passa a formar um subsistema ao lado de outros subsistemas sociais funcionalmente especificados; estes, por sua vez, encontram-se numa relação configurada como "sistema-mundo circundante", o mesmo acontecendo com as pessoas e sua Sociedade.²⁵²

É necessário que o processo legislativo democrático coteje um enfrentamento de seus partícipes com as viabilidades normativas contidas nas diretrizes para o bem comum, porque a Democracia deve buscar sua legitimação nas regras procedimentais estabelecidas por meio de consciência dos cidadãos sobre as regras de sua convivência. O Direito precisa manter uma relação de nexos com a força socialmente integradora do agir comunicativo, para integrar o seu papel na estabilização das expectativas nas Sociedades modernas.²⁵³ Pois:

A dificuldade de tal aplicação está na pressuposição da consciência individual, mas da herança da justificação filosófica da passagem do direito natural ao direito positivo e, conseqüentemente, da subordinação do direito moral (natural) à positivação do direito.²⁵⁴

No contrato estabelecido pela própria Sociedade, o princípio da Soberania do povo está diretamente ligado ao direito dos homens a iguais liberdades subjetivas, fundamentado na moralidade. Isso se caracteriza essencial, uma vez que a legitimidade das leis que garantem tal liberdade necessita ter uma segurança jurídica contida no próprio direito positivo.

A propósito destas afirmações, o contrato da Sociedade sobreleva o princípio do direito, na medida em que une a composição política da vontade do

²⁵² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.17-18.

²⁵³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. 1. p. 115.

²⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. 1. p. 115.

legislador a requisitos de um procedimento democrático, sob os quais, seus resultados deverão expressar a vontade ou o consenso racional dos participantes.²⁵⁵ Sendo que “Os direitos do homem, fundamentados na autonomia moral dos indivíduos, só podem adquirir uma figura positiva através da autonomia política dos cidadãos. O princípio do direito parece realizar uma mediação entre o princípio da moral e o da Democracia.”²⁵⁶

O Direito Moderno, na concepção Jürgen Habermas, somente pode ser justificado por meio da fundamentação e das convicções estabelecidas nos direitos humanos e no princípio da soberania.

Conforme o autor, o legado das políticas liberais e republicanas estabelecem os direitos humanos como manifestação de autodeterminação moral e a soberania do povo como manifestação de autorrealização ética. Enquanto,

[...] o princípio da democracia não se encontra no mesmo nível que o princípio moral, [...] este último funciona como regra de argumentação para a decisão racional de questões morais, o princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mais precisamente, a possibilidade de todas as fundamentações, a serem realizadas em discursos (e negociações reguladas pelo procedimento), das quais depende a legitimidade das leis.²⁵⁷

Para o autor, a Democracia nunca será definida substancialmente, mas ainda entendida como um processo dinâmico da legitimidade e legalidade do resultado das discussões lideradas pelas próprias pessoas. O caráter legal da Democracia, tematizado por Jürgen Habermas, deve ser entendido como o resultado verdadeiro de uma Democracia radical.

A Democracia deliberativa estimulada por Jürgen Habermas tem seu escopo voltado para a norma enquanto garantidora da liberdade e como força coercitiva do Estado para manutenção da ordem, mas também, como foro da legitimidade, pois é necessário comprovar-se o Direito por meio de sua validade e,

²⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. 2 ed. v. 1. p. 127.

²⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. 2 ed. v. 1. p. 127.

²⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. 2 ed. v. 1. p. 145.

ainda, fortemente embasada na positividade do Direito, pois a moralidade não deve sobrepor-se ao Direito posto.

A teoria defendida por Jürgen Habermas sustenta, portanto, a perspectiva de elaboração de políticas fundamentadas numa convicção que autoriza e proporciona maior comprometimento e exteriorização, através dos cidadãos, no processo de tomada de decisão em âmbito social. No entanto, referida teoria estabelece como padrão essencial para o alcance de seu objetivo a ampla participação de todos os cidadãos na construção de uma retórica ocupada com um estado eticamente democrático.

A ligação entre todos esses valores e a Democracia acaba por se tornar analítica. Mas, ao fazê-lo, é impossível julgar, a nível regulatório, quanta Democracia é ou deveria estar vinculada a tais valores e por que tipo de ligação, para indicar quaisquer hierarquias axiológicas entre eles, casos de conflito e possíveis composições de possíveis conflitos. Além disso, é possível verificar, em nível empírico, se, e em que medida, a Democracia está ligada a outros valores políticos por relações factuais.²⁵⁸

A Democracia, mesmo prevista em sua factualidade institucional, nunca pode ser totalmente dissociada de qualquer referência à sua idealização. Ela sempre se encontra desdobrando-se contra um pano de fundo de expectativas axiológicas para ela. Essa referência a um ideal Democrático permite medir a distância que separa nossas práticas Migratórias reais das demandas de inclusão subjacentes à sua dinâmica equalizadora. A Imigração lança um desafio à Democracia, convocando-a a retornar às fontes de seu ideal de governo para e pelo povo, isto é, retornando às suas práticas de equalização da inclusão.

A Imigração quebra a Democracia onde parece conceitualmente a mais frágil: em seu apego a uma subjetividade nacional homogênea que garante a ficção da Soberania Popular. Esse problema, tanto teórico quanto político, é um legado de regimes monárquicos mal recebidos pela modernidade.

²⁵⁸ PINTORE, Anna. **I Diritti della democrazia**. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli Spa. 2003. p. 11.

Ao romper a unidade nacional, eventualmente exibindo reivindicações diferenciadas, o estrangeiro que se instala e vive - querendo ou não - no círculo interno da comunidade política, mina a indivisibilidade da soberania. Dois tipos de reação teórica são possíveis, pois deveremos analisar as diferenças existentes entre a Democracia institucional e a Democracia ideal e quais os fatores decisivos para aproximá-las.

4.2 A DIMENSÃO DA DEMOCRACIA PARA OS IMIGRANTES

A maior preocupação dos Governos Estatais com a ampliação de normas garantidoras dos direitos do Imigrante vem convergir com a apreensão, na maioria dos Governos (notadamente Estados Unidos e Europa de um modo geral), em garantir a segurança nacional em razão da preocupação com possíveis ataques terroristas, principalmente após o 11 de setembro.

Além desses aspectos, podem ser citados os apelos de ordem social com relação à concorrência empregatícia da mão-de-obra estrangeira com a massa trabalhadora considerada nativa, rejeição a novas culturas e a possibilidade de geração de interculturalidade em razão da convivência com estrangeiros, que poderá minar a cultura nacional, valendo-se da própria xenofobia em si, que seria o simples repúdio ao que é “estranho”.

Essas questões de ordem social e de segurança pública são enfatizadas e requeridas por parte da população, como também por órgãos de classes que não possuem interesse na integração de Imigrantes à sua população.

É possível começar a entender a natureza mutável da Cidadania e da Soberania, olhando, ironicamente, as formas como os estados democráticos tratam seus estrangeiros. Existem várias boas razões para acreditar que uma exploração dos direitos dos estrangeiros residentes esclarecerá a mudança da natureza do sentido

da Soberania do Estado; a política de Cidadania não pode ser dissociada das políticas e práticas do Estado para com aqueles que não são considerados cidadãos.²⁵⁹

A Soberania é, portanto, uma construção não só das fronteiras territoriais do estado, mas também de uma comunidade delimitada de indivíduos que são os sujeitos da autoridade do Estado.²⁶⁰

Na evolução das políticas de Cidadania, pode-se observar que estas procuram excluir os indivíduos como "não Cidadãos" da política, tanto quanto os incluem como Cidadãos. Historicamente, pelo menos desde a Revolução Francesa, os Estados Soberanos tipicamente delimitaram suas comunidades políticas à comunidade que se denominaria como "Cidadania" ou "Nação", em vez da construção de "sujeitos", ou da valorização do indivíduo.²⁶¹

Assim como a Revolução Francesa deu origem a novas instituições para a enumeração e individuação de participantes políticos, no entanto, na atualidade, a decisão e, conseqüentemente, a ação de expandir direitos e obrigações para aqueles que não são considerados cidadãos é uma mudança que deve ocorrer na forma e nas funções do Estado-Nação.²⁶²

[...] a direção da mudança é inconfundível assim como a natureza de qualquer resposta. Esses não são tempos conservadores e é dentro de nossa tradição ocidental de Democracia liberal que devemos procurar respostas. Os grandes movimentos nacionais em prol de

²⁵⁹ EARNEST, David C. **Old Nations, New Voters**: nationalism, transnationalism and democracy in the era of global migration. Albany (NY): State University of New York Press (SUNY), 2008. p. 03.

²⁶⁰ EARNEST, David C. **Old Nations, New Voters**: nationalism, transnationalism and democracy in the era of global migration. p. 09.

²⁶¹ Segundo Seyla Benhabib, o cidadão é o indivíduo que reside em um território em virtude de seus direitos de pertencer: "Nel mondo moderno la cittadinanza ha assunto il significato di appartenenza a una comunità delimitata, quali uno stato-nazionale, uno stato multinazionale ovvero un commonwealth. Il regime politico della sobranità territoriale delimitata, esercitata attraverso procedure amministrative formali-razionali, e derivante dal processo democratico di formazione della volontà da parte di un gruppo di persone più o meno omogeneo culturalmente, poteva funzionare soltanto definendo, circoscrivendo e controllando la cittadinanza. Il cittadino è dunque l'individuo che risiede in un territorio in virtù dei propri diritti di appartenenza, è soggetto alla giurisdizione amministrativa dello stato, ed è idealmente parte del corpo sovrano democratico nel cui nome vengono promulgate le leggi ed è esercitata l'amministrazione." *In*: BENHABIB, Seyla. I Diritti degli Altri: stranieri, residenti, cittadini. p. 115.

²⁶² EARNEST, David C. **Old Nations, New Voters**: nationalism, transnationalism and democracy in the era of global migration. p. 04.

Democracia, liberdade e justiça social que tiveram lugar no século XVIII e início do XIX dentro dos estados-nação agora têm de ser reproduzidos globalmente.²⁶³

Entende-se, de tal forma, que o Estado é parte essencial para a realização de políticas públicas e de elaboração e aprovação de normas que visem incluir o Imigrante como membro da Sociedade do Estado receptor, mas não somente o Estado fará acontecer tais mudanças se estas não puderem ser aceitas e apoiadas pela Sociedade de um modo geral, que possa representar tal posição e colocar em prática ordens que venham a construir uma Sociedade mais integrada e tolerante com as diferenças. Tal entendimento pode ser reforçado por Rossana Reis, sobre o qual esclarece que

“Reconhecer a importância do Estado nas migrações internacionais não significa afirmar que ele é necessariamente o fator mais relevante na formação e na manutenção dos fluxos. As migrações internacionais não são causadas exclusiva ou principalmente pela ação do Estado. No entanto, ele, por meio de políticas de imigração e cidadania, é um importante fator explicativo no processo de formação dos fluxos e ajuda a moldar a forma que esses fluxos adquirem.”²⁶⁴

De todo modo, observando-se a evolução das normativas internacionais de direitos humanos, nota-se o crescente reconhecimento dos direitos do indivíduo independente de sua Nacionalidade, mas também demonstra que a execução de tais direitos permanece basicamente dependente dos Estados, no caso específico das Migrações Internacionais, dos Estados receptores.²⁶⁵

Seyla Benhabib²⁶⁶ frisa quanto progresso o Direito Internacional fez e lembra como em muitos casos o direito dos indivíduos prevalece sobre o dos Estados,

²⁶³ GIDDENS, Anthony; HUTTON, Will. (Org.) **No limite da Racionalidade: Convivendo com o capitalismo Global.** p. 314.

²⁶⁴ REIS, Rossana Rocha. **Políticas de Imigração na França e nos Estados Unidos (1980-1998).** São Paulo: Aderaldo & Rothschild, 2007. p. 26.

²⁶⁵ REIS, Rossana Rocha. **Políticas de Imigração na França e nos Estados Unidos (1980-1998).** p. 34.

²⁶⁶ BENHABIB, Seyla. **I Diritti degli Altri: stranieri, residenti, cittadini.** Tradução de Stefania de Petris. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2006.p. 98-99. Seyla Benhabib, realizando uma análise histórica do Direito de Migrar, apresenta na tradição liberal, a definição sobre o direito de abandonar o próprio país de origem: “Secondo la tradizione liberale, dunque, il diritto a partire o emigrare rappresenta un diritto fondamentale, saldamente radicato nella concezione della persona umana quale essere

já que o exercício da Soberania do Estado, mesmo dentro das fronteiras Nacionais, está cada vez mais sujeito a regras, internacionalmente reconhecidas, que proíbem o genocídio, o etnocídio, as expulsões em massa. No entanto, sobre os direitos dos imigrantes, que muitas vezes fogem dos regimes ditatoriais, há um estranho silêncio: a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 não reconhece o direito à Imigração e silencia sobre a obrigação dos Estados de conceder acesso aos Imigrantes, para patrocinar o Direito de Asilo e para conceder Cidadania a residentes e cidadãos estrangeiros.

No caso da Europa, as Migrações têm sido uma característica constante da sua história há pelo menos cinco séculos: desde a paz de Augsburg até os tratados de Schengen e Dublin, sempre foi necessário administrar a tensão entre o direito de Emigrar e o direito dos Estados receptores de decidir quem admitir e sob que condições.

A primeira diferença é que hoje o *ius emigrandi*²⁶⁷ é formulado como um direito do indivíduo (enquanto Princípio, vale para todos e em toda parte). A paz de Augusta garantiu, e somente por um certo período, esse direito apenas aos súditos católicos e luteranos. O Tratado de Osnabrück estendeu este direito aos membros de outras confissões cristãs (mas não, por exemplo, aos judeus). Era um direito válido, em alguns momentos, apenas para algumas categorias, enumeradas de maneira mais ou menos precisa.

E foi assim até algumas décadas atrás: não havia "refugiados". Havia huguenotes, exilados poloneses, apátridas russos, refugiados armênios ou assírios--

autonomo in grado di accettare o rifiutare con ragione i presupposti fondamentali per l'esercizio della propria libertà comunicativa... I cittadini non sono infatti prigionieri degli stati cui appartengono. Non solo essi devono essere liberi di muoversi, ma nessuno stato liberale dovrebbe rendere impraticabile la partenza negando il passaporto o il visto di uscita, o imponendo oneri economici esorbitanti." **I Diritti degli Altri:** stranieri, residenti, cittadini. p. 109.

²⁶⁷ O *ius emigrandi* refere-se ao direito sob a lei imperial de emigrar por motivos religiosos. A Confissão de Augsburg é uma confissão fundamental dos estados imperiais luteranos à sua fé. A Paz de Augsburg (1555) garantiu, portanto, as propriedades do império (*ius reformandi*), ou seja, a autoridade para determinar a confissão de seu território (território de sua fé). Os sujeitos de outras confissões receberam como benefício legal (*beneficium*) um direito qualificado de emigrar (isto é, levar família e pertences) para um território de sua confissão - e, com isso, o primeiro direito básico constitucionalmente garantido. A Paz da Westfália confirmou tais direitos.

caldeus, judeus fugindo do nazismo.²⁶⁸ Entende-se assim que: “*Uscire è un diritto, entrare è una concessione. Questa assimetria è la struttura di base che determina il sistema migratorio mondiale.*”²⁶⁹

É inevitável que os Estados democráticos sejam muito mais restritivos que os Estados estruturados de acordo com uma hierarquia de castas, precisamente porque eles têm a ambição de reconhecer os direitos dos Migrantes específicos, inclusive o de alcançar a igualdade plena e integração dentro dos estados.

Os sistemas de controle dos fluxos Migratórios são necessários, na medida em que os Estados ainda são responsáveis pela ordem pública dentro de seu espaço de autonomia, um requisito indispensável que pode ser satisfeito com um uso substancial de recursos. Fronteiras, passaportes, vistos e autorizações de residência são os fatores de controle, que ordenam e discriminam com base na residência e na Cidadania. Desta forma, o lugar onde algo é feito se tornou mais importante do que o que é feito. Se esses sistemas de controle sempre pareceram inadequados e insuficientes para aqueles que vivem nos Estados nos quais são praticados, eles são injustos e incompreensíveis, se não como instrumentos de proteção de privilégios adquiridos, àqueles que pressionam para entrar.

Essa percepção é devida, como explica Giuseppe Sciortino²⁷⁰, a três conjuntos de tensões estruturais: aqueles entre sistemas políticos que se referem a uma comunidade de pertencimento e à economia de livre mercado; dentre os objetivos particularistas da política e do ordenamento legal, que tende a ser inspirado por um critério de universalidade; e aqueles entre a divisão em Estados-Nação formalmente iguais bem como das diferenças de renda e desenvolvimento se analisadas as diferentes áreas do planeta, que acabam por gerar desigualdades.

²⁶⁸ SCIORTINO, Giuseppe. **Rebus Immigrazione**. Bologna: Il Mulino, 2017. p. 15.

²⁶⁹ SCIORTINO, Giuseppe. **Rebus Immigrazione**. P. 14. Livre tradução da autora: “Sair é um direito, entrar é uma concessão. Esta assimetria é a estrutura de base que determina o sistema de migração mundial.”

²⁷⁰ SCIORTINO, Giuseppe. **Rebus Immigrazione**. P. 34

Nesse interesse, depois de uma revisão de uma parte da doutrina após o Tratado de Maastricht, houve uma transformação da Cidadania Europeia, que, a partir de um *status* secundário e duplo, tende a se tornar um status fundamental e uma autêntica mina ainda inexplorada do direito.²⁷¹

Além disso, o direito à hospitalidade (de que fala Kant na sua obra *A Paz Perpétua*²⁷²) implica um título moral com potenciais consequências legais, uma vez que a obrigação dos Estados anfitriões de permitir aos estrangeiros temporariamente se basear em uma ordem republicana cosmopolita. Este pedido não está sujeito a uma lei executiva superior.

Nesse sentido, a obrigação de oferecer hospitalidade a forasteiros e estrangeiros não pode ser imposta legalmente; continua a ser uma obrigação voluntariamente assumida pelo soberano político.²⁷³ Sendo assim, pode-se dizer que Democracia cosmopolita seria a busca de valores democráticos além dos Estados, como afirma Daniele Archibugi²⁷⁴: “*Cosmopolitan democracy aspires simultaneously to the pursuit of democratic values within, among, and beyond states.*”

A Democracia cosmopolita, portanto, leva por certo a lição dada pelos realistas em relação à ausência de consistência entre políticas domésticas e externas. É, no entanto, através de uma investigação mais aprofundada das virtudes escondidas dos regimes democráticos, que pode tornar-se possível preencher os elementos "reais" e "ideais" de suas políticas externas. Sendo que a tendência dos estados é a

²⁷¹ LOLLO, Andrea. **Eguaglianza e Cittadinanza** – la vocazione inclusiva dei diritti fondamentali. Milano: Giuffrè Editore, 2016. p. 7.

²⁷² Kant vê o estado de paz entre as pessoas que vivem lado a lado, não como um estado de natureza, mas como algo que "deve ser estabelecido". Como a única forma válida de governo, Kant reconhece a constituição republicana, uma vez que "requer o consentimento dos cidadãos para decidir se a guerra deveria ou não ser, nada é mais natural do que isso, já que são todas as tribulações da guerra sobre si mesmo". KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua**. Tradução de Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2008. 96 p. Título original: *Zum Ewigen Frieden*. ps. 35; 43.

²⁷³ BENHABIB, Seyla. **Cittadini Globali: cosmopolitismo e democrazia**. p. 29.

²⁷⁴ ARCHIBUGI, Daniele. *Cosmopolitan Democracy and Its Critics*. In: MORRISON, Bruce (Org.). **Transnational Democracy in Critical and Comparative Perspective: democracy's range reconsidered**. Burlington: Ashgate Publishing Company, 2003. p. 191-214. p. 193. Livre tradução da autora: “A democracia cosmopolita aspira simultaneamente à busca de valores democráticos dentro, entre e além dos estados.”

de nutrir um maior respeito pelas regras, quando estas são compartilhadas entre comunidades que se reconhecem como análogas.²⁷⁵

No entanto, as dimensões local e global estão se tornando inter-relacionadas. A criação de organização - tanto governamental quanto não-governamental - que conecta as comunidades e os órgãos locais que não pertencem ao mesmo estado, está se tornando um fenômeno cada vez mais frequente. Uma vez que os Estados raramente atribuem competência em questões específicas às instituições interlocais, isso geralmente envolve os atores relevantes que se estendem para além das jurisdições designadas. A Democracia cosmopolita sugere, portanto, fortalecer, sempre que possível, a estrutura do governo local, mesmo que isso possa exigir a passagem das fronteiras estaduais.²⁷⁶

É preciso maior regulamentação, especialmente no nível global, para estabilizar alguns dos excessos clássicos do capitalismo. Mas em minha opinião também deveríamos estar trabalhando para construir uma Sociedade civil global e um arcabouço de legislação e pensando sobre possíveis formas de Democracia transnacional.²⁷⁷

Analisando-se os aspectos de multiculturalidade e de pluralidade próprios da sociedade contemporânea, faz-se necessário exigir uma nova forma de atuação frente à possibilidade de criação e convivência com uma Cidadania Transnacional, que desempenhe um papel capaz de atingir a multilateralidade existente nas comunidades da atualidade e agregar ao modelo já conhecido que possa ir além do vínculo com o Estado-Nação e um direito civil, político e social. Para

²⁷⁵ ARCHIBUGI, Daniele. *Cosmopolitan Democracy and Its Critics*. In: MORRISON, Bruce (Org.). **Transnational Democracy in Critical and Comparative Perspective**: democracy's range reconsidered. p. 195.

²⁷⁶ ARCHIBUGI, Daniele. *Cosmopolitan Democracy and Its Critics*. In: MORRISON, Bruce (Org.). **Transnational Democracy in Critical and Comparative Perspective**: democracy's range reconsidered. p. 198.

²⁷⁷ GIDDENS, Anthony; HUTTON, Will. (Org.) **No limite da Racionalidade**: Convivendo com o capitalismo Global. Tradução: Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 41.

tanto, torna-se indispensável a observação e adoção do sentimento de pertença em razão dos indivíduos possuírem um vínculo antropológico comum.²⁷⁸

Para se pensar em uma Cidadania Transnacional, é indispensável discutir a Democracia Transnacional, bem como seus critérios para participação nas cidades e Nações. Com base nesse modelo global de integração, vários elementos devem ser observados cuidadosamente para que não haja abusos nem da esfera pública e nem mesmo da população interessada em tal forma de inclusão e integração.

Os elementos a serem observados serão o da autonomia territorial e dos direitos das minorias (incluídos aqui, necessariamente, os Migrantes e em especial, os Refugiados) criando-se propostas para a uma Democracia Transnacional que possa alcançar e atingir a todos que requeiram essa participação inclusiva em uma Sociedade que precisa ampliar sua percepção de acolhimento. Este acolhimento somente será percebido objetiva e concretamente por meio de leis internacionais que protejam essas minorias que não estão sendo contempladas na legislação internacional de forma efetiva.

Na inspiração de Zygmunt Bauman, o Estado precisa valer-se de sua autoridade exclusiva para decidir em que propósitos e objetivos esse Poder Estatal é aplicado, pois, “[...] a chance de salvar a Democracia como medicina preventiva contra o abandono, a alienação, a vulnerabilidade e as doenças sociais correlatas depende da nossa capacidade e da nossa resolução de olhar, pensar e agir acima das fronteiras dos Estados territoriais.”²⁷⁹

²⁷⁸ BASTIANI, Ana Cristina Bacega de; PELLENZ, Mayara. Cidadania Transnacional: a integração jurídica na sociedade globalizada. *In: Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*. Porto Alegre: UFRGS. v. X. n.2, 2015, p. 242-268. p.262.

²⁷⁹ BAUMAN, Zygmunt; MAURO; Ezio. **Babel**: entre a incerteza e a esperança. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 24. Segundo Zygmunt Bauman: “O que tem acontecido nos últimos anos, contudo, é um enorme salto no contingente de refugiados e pessoas em busca de asilo, acrescido ao volume total de migrantes que já batiam às portas da Europa; esse salto foi causado pelo número crescente de Estados “afundando”, ou já submersos, ou – para todos os fins e propósitos – de territórios em Estado, e portanto também sem leis, palcos de intermináveis guerras tribais e sectárias, assassinatos em massa e de um banditismo permanente do tipo salve--se quem puder. Em grande medida, trata-se de um dano colateral produzido pelas expedições militares ao

É fundamental enfrentar o tema da Democracia e suas possibilidades para existir nos novos ambientes transnacionais das Sociedades complexas de risco, considerando o caráter assimétrico de sua representatividade e, como é urgente, o debate sobre uma reavaliação dos seus atuais modelos, para que atendam de maneira adequada às atuais demandas por participação. As hipóteses aqui trabalhadas se estribam na premissa de que a autêntica participação só pode ser alcançada quando todos se sentem espiritualmente participantes.²⁸⁰

Antonio Ruggeri, ilustrativamente, tenta compor uma visão da situação de convivência entre nacionais e estrangeiros, na qual propõe: se quisermos usar uma imagem, poderíamos dizer que cidadãos e não cidadãos compõem dois anéis mutuamente entrelaçados, dando-lhes uma área que é exclusivamente inspirada por cada um deles e um intermediário comum.²⁸¹

Assim, no momento em que a condição dos cidadãos e dos não-cidadãos converge, a Cidadania em sua dimensão Supranacional é articulada e expressa em formas multifacetadas, mesmo que significativamente diversificadas, pois o fundamento da igualdade está no reconhecimento do direito inviolável de cada ser humano.²⁸² Para Robert Dahl²⁸³, as transformações de ideias e práticas Democráticas, modificou o modo pelo qual a noção de um processo democrático pretende-se atingir, pois:

Além do Estado nacional, existe agora a possibilidade de associações políticas supranacionais ainda maiores e mais inclusivas. Embora o futuro seja conjectural; o aumento na escala da ordem política já produziu um Estado democrático moderno profundamente diferente da Democracia da cidade-Estado.

Afeganistão e Iraque.” BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa Porta**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017. p.11.

²⁸⁰ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 75.

²⁸¹ RUGGERI, Antonio. **I Diritti dei non Cittadini tra Modello Costituzionale e Politiche Nazionali**. In: PANZERA, Claudio et alli (Org.). *Metamorfosi della Cittadinanza e Diritti degli Stranieri*. Napoli: Editoriale Scientifica S.r.l., 2016. p. 27.

²⁸² RUGGERI, Antonio. **I Diritti dei non Cittadini tra Modello Costituzionale e Politiche Nazionali**. In: PANZERA, Claudio et alli (Org.). *Metamorfosi della Cittadinanza e Diritti degli Stranieri*. p. 29.

²⁸³ DAHL, Robert. **A Democracia e seus Críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 338.

E dá prosseguimento, observando que tais transformações e mudanças acabam por incidir na inclusão participativa, pois o conflito, segundo ele, em razão da diversidade, torna-se um aspecto inevitável da vida política, mas também é aceito como uma característica normal da política:

A população relativamente homogênea de cidadãos unidos por laços comuns à cidade, língua, raça, história, mitos, deuses e religião, a qual era uma parte tão manifesta da visão de Democracia da antiga cidade-Estado, tornou-se algo impossível para todos os efeitos práticos. No entanto, o que agora é possível, como podemos perceber, é um sistema político além da concepção dos defensores pré-modernos do governo popular: governos representativos com eleitorados inclusivos e um amplo leque de direitos e liberdades pessoais, os quais podem ser encontrados em grandes países de extraordinária diversidade.²⁸⁴

O debate teórico nem sempre reflete a transformação progressiva da Sociedade. A Democracia cosmopolita - em um fundamento estabelecido pelos seus mais proeminentes antepassados do Iluminismo - chega a sugerir uma jornada através da qual a raça humana pode se aproximar e aquele cujo destino final ainda não podemos determinar. Estendendo-se além da confiança comum em relação à Soberania estreita, sentimos que um Estado liberal deve se distinguir não só pela substância de sua política externa, mas também pela sua vontade de seguir os procedimentos compartilhados.²⁸⁵

Considerando a possibilidade de uma ampliação do direito fundamental, deve-se iniciar a pensar na perspectiva de estender, também ao Imigrante regularmente residente, o direito de participação política, sem a qual, ou seja, a exclusão do Imigrante na participação política do país onde reside, poderá ser considerada uma lesão direta ao princípio da igualdade.²⁸⁶

²⁸⁴ DAHL, Robert. **A Democracia e seus Críticos**. p. 345.

²⁸⁵ ARCHIBUGI, Daniele. *Cosmopolitan Democracy and Its Critics*. In: MORRISON, Bruce (Org.). **Transnational Democracy in Critical and Comparative Perspective**: democracy's range reconsidered. p. 199.

²⁸⁶ LOLLO, Andrea. **Eguaglianza e Cittadinanza** – la vocazione inclusiva dei diritti fondamentali. p. 139.

O espírito inclusivo da Carta Constitucional consente em observar, de uma perspectiva diversa, do paradigma da Cidadania ao problema dos destinatários dos direitos fundamentais. De tal forma, parece possível teorizar um modelo de Cidadania “Constitucional” mais inclusivo do que aquele que está previsto normativamente na atualidade, em condições de atingir todos aqueles que possuem domicílio no território da República.²⁸⁷

As Migrações Transnacionais visam tratar do respeito aos direitos dos indivíduos não como membros de comunidades fechadas, mas simplesmente como seres humanos, que entram em contato com comunidades territorialmente delimitadas, das quais ambicionam tornarem-se membros.²⁸⁸

A presença de outros que não compartilham as memórias e a percepção da cultura dominante insta o legislador Democrático a reformular o significado do universalismo Democrático, sem, com isso, causar uma ruptura com a cultura da Democracia. Somente comunidades políticas firmemente Democráticas são capazes dessa reformulação de intuito universal, através da qual remodelar o significado de Democracia deve ser, antes disso, remodelar o significado de povo.²⁸⁹

O povo Democrático pode se reconstruir através da iteração Democrática, a fim de possibilitar a extensão do voto democrático. Os estrangeiros podem se tornar residentes e os residentes podem se tornar Cidadãos. As Democracias precisam de limites personalizados.²⁹⁰

Nesse sentido, Seyla Benhabib explicita que os direitos dos estrangeiros definem esse limiar, o limite ao longo do qual a identidade de "nós o povo" é definida e renegociada, embrulhada e desprezada, circunscrita e fluidificada. Chegamos a uma fase de evolução política que marca o fim do modelo unitário de cidadania, que atravessa a residência em um território delimitado com a administração de pessoas

²⁸⁷ LOLLO, Andrea. **Eguaglianza e Cittadinanza** – la vocazione inclusiva dei diritti fondamentali. p. 142.

²⁸⁸ BENHABIB, Seyla. **Cittadini Globali: cosmopolitismo e democrazia**. p. 43.

²⁸⁹ BENHABIB, Seyla. **Cittadini Globali: cosmopolitismo e democrazia**. p. 107.

²⁹⁰ BENHABIB, Seyla. **Cittadini Globali: cosmopolitismo e democrazia**. p. 105.

percebidas como uma entidade mais ou menos coesa. O uso desse modelo não implica a obsolescência de sua aderência em nossa imaginação política ou seu poder regulador na orientação das instituições em expansão.²⁹¹ [destaque da autora]

Indivíduos são destacados da política que garante sua autonomia privada, mas entram no processo Democrático com a possibilidade de controlar o poder administrativo. Trata-se, assim, uma questão de garantir a todos a participação no poder e a criação da legislação, a fim de produzir uma verdadeira vontade geral. Este sentido geral garantido pela Soberania do Povo deve permitir a unificação de uma Sociedade pluralizada e diferenciada.

De fato, cada concepção leva em conta uma dimensão moral que é tematizada na ética da discussão, em primeiro lugar, a liberdade dos indivíduos e, em segundo lugar, a autonomia entendida como autodeterminação. A partir de então, pode-se entender o lado liberal da Democracia e seu lado republicano como a aplicação política dessas duas dimensões morais.

O lado liberal e o lado republicano parecem, à primeira vista, opor-se totalmente, como mostram os debates teóricos entre os proponentes de cada uma dessas concepções. De fato, a Democracia liberal é baseada na garantia aos indivíduos de suas liberdades negativas, o próprio político é evacuado. Ao contrário, o modelo republicano é baseado no *ethos*²⁹² do cidadão, a participação política como uma virtude essencial e como um componente crucial da autonomia definida por Rousseau no Contrato Social como "obediência à lei que foi prescrita".

O tratamento dos estrangeiros, os modos de admissão no território Nacional são atualmente incompatíveis com os fundamentos normativos de nossas Sociedades democráticas. Por conseguinte, é adequado alargar estes princípios às políticas de migração.

²⁹¹ BENHABIB, Seyla. **I Diritti degli Altri**: stranieri, residenti, cittadini. Tradução de Stefania de Petris. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2006. p. 143.

²⁹² Ethos é uma palavra de origem grega, que significa "caráter moral". É usada para descrever o conjunto de hábitos ou crenças que definem uma comunidade ou nação.

No entendimento de Joseph Carens, deve-se recusar a pressuposição de aceitação do controle discricionário dos Estados em suas fronteiras, valendo-se dos princípios democráticos, ao admitir a ordem internacional tal como é, pois traça uma crítica muito mais controversa da Soberania dos Estados na Migração e defende a abertura das fronteiras. Esta abertura das fronteiras pode ser uma das características de um mundo justo, mas não é a medida política mais urgente a ser implementada, no mundo contemporâneo, em razão da sua ampla diversidade.²⁹³

Joseph Carens avalia a necessidade de ampliar gradualmente os direitos concedidos aos Nacionais de um Estado aos estrangeiros que se encontram em seu território. Ela procede do significado de cidadania. Em uma Sociedade liberal, não é uma categoria natural ou um *status* herdado. É definido mais pela participação na Sociedade civil e pela submissão a leis comuns.²⁹⁴

De acordo com a teoria do Pertencimento social defendida por Joseph Carens, não se trata de deduzir a partir desses estatutos uma concepção universal de direitos, mas do grau de envolvimento das pessoas na "cooperação social".²⁹⁵

A questão da admissão de migrantes é aquela para a qual as duas análises específicas da obra de Joseph Carens²⁹⁶ (a soberania legítima de imigração ou defesa de fronteiras abertas unidas) dão origem às opiniões mais divergentes. Ao seguir o primeiro, os Estados têm o direito de exercer o controle discricionário sobre suas fronteiras, desde que ajam de acordo com seus princípios constitutivos. Devem respeitar a Convenção de Genebra, o dever de não repulsão aos requerentes de asilo e reconhecer o estatuto dos Refugiados.

Mas para além destas razões morais convincentes (que adiciona reagrupamento familiar e os deveres de seu país diretamente com os culpados da situação que levou o migrante a fugir do país), a seleção e exclusão dos migrantes poderia ficar por competência do Estado, valendo-se de critérios médicos, linguísticos

²⁹³ CARENS, Joseph. **The Ethics of Immigration**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 296.

²⁹⁴ CARENS, Joseph. **The Ethics of Immigration**. p. 21.

²⁹⁵ CARENS, Joseph. **The Ethics of Immigration**. p. 160.

²⁹⁶ CARENS, Joseph. **The Ethics of Immigration**. p. 179.

ou financeiros (considerando estes como critérios aceitáveis), desde que não sejam discriminatórios.

Diante das circunstâncias vinculadas à Migração e Democracia, é importante lembrar que um Estado Democrático é obrigado a proteger os direitos humanos de qualquer pessoa que esteja sob sua jurisdição. Isto se aplica igualmente aos Migrantes irregulares, que devem ter acesso a julgamentos públicos, educação e remuneração pelo trabalho realizado.

Quaisquer que sejam seus efeitos em incitar a Imigração ilegal, esses direitos são considerados inegociáveis. A questão geral é o que as Democracias devem àqueles que são membros de sua Sociedade Civil e até que ponto eles podem diferenciar os estatutos sem prejudicar seus princípios fundamentais.

A teoria do Pertencimento social torna a participação em uma comunidade política a fonte de direitos e deveres para seus membros. Demonstra de forma convincente que as Sociedades liberais não estão fazendo o dever de casa quando dependem da nacionalidade, e não dessa participação, para diferenciar os estatutos. O argumento das fronteiras abertas transpõe um direito universal (liberdade de movimento), reconhecido às pessoas dentro de um território nacional em relação aos movimentos internacionais.

No entanto, não é porque este direito é considerado universal, consagrado na Declaração dos Direitos Humanos²⁹⁷ e nas Constituições dos Estados Democráticos, que deve ser aplicado fora das fronteiras de um Estado e obrigar a sua política de migração. O método baseado em um princípio de coerência interna para as Sociedades é enfraquecido pelas ambições cosmopolitas, uma vez que desafia a relevância da origem social dos direitos e a força do dever doméstico no âmbito dos Estados-Nações.

²⁹⁷ “Artigo 13° - 1. Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado. 2. Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país.”

Nos processos de transmigração e na era global de hoje, as questões relacionados à participação política dos Imigrantes e direitos a serem incorporados aos direitos já existente enquanto membros de uma nova comunidade, passam a ser discutidos internacionalmente para elevar as perspectivas de consagração de uma unificação de direitos a todos os habitantes de determinado território.

Novas comunidades de transmigrantes poderiam se aproximar do ideal do cidadão mundial. As práticas transnacionais significam que elas precisam se separar de seus laços nacionais e abraçar as identidades pós-étnicas e pós-nacionais, pois novas comunidades Transnacionais estão emergindo, caracterizadas por novas formas de pertença e identidades que se traduzem em práticas políticas transnacionais.

A questão da admissão de Imigrantes é aquela para a qual a legitimidade da Soberania dos Estados em matéria de Imigração ou a defesa de uma abertura de fronteiras, dão lugar às teses mais divergentes. Os Estados têm o direito de exercer o controle discricionário sobre suas fronteiras, desde que ajam de acordo com seus princípios constitutivos. E, para tanto, devem respeitar a Convenção de Genebra, o dever de não repulsão aos requerentes de asilo e reconhecer o Estatuto dos Refugiados.

Joseph Carens está ciente das "mudanças de pressupostos"²⁹⁸ e faz das fronteiras abertas um "ideal" fértil para as normas de pensamento e não para uma agenda política.

É importante sublinhar que em quase todos os Estados Europeus, bem como em Democracias não-Europeias, os direitos eleitorais totais são reservados aos nacionais. Os obstáculos legais à participação eleitoral étnica são, portanto, essencialmente determinados pelas regras de acesso à cidadania por meio do *ius soli* ou da naturalização.

Nesse contexto, pode-se entender que as políticas de Imigração são escolhas sociais que afetam significativamente o *status* dos Migrantes e podem ter

²⁹⁸ CARENS, Joseph. **The Ethics of Immigration**. p. 299.

consequências importantes para as políticas distributivas dos países anfitriões e de origem.

De fato, embora o controle da Imigração tenha sido frequentemente visto como uma questão de justiça distributiva, na medida em que afeta significativamente a desigualdade em escala global, é possível deduzir também que as compensações entre liberdade de movimento e recursos são justificadas pelas exigências do desenvolvimento humano e pela satisfação dos direitos humanos fundamentais.

A justiça de uma política de Imigração pode ser julgada de acordo com a legitimidade dos atores que a decidiram. Em algumas áreas, a Soberania dos Estados compete com outras organizações (União Europeia, Organizações Internacionais, Tribunais de Justiça). Se todos esses atores reivindicam a equidade de suas respectivas decisões, é menos provável que eles sejam capazes de reivindicar legitimidade democrática.

No entanto, o argumento da legitimidade Democrática não está imune a objeções. Ele é de fato confrontado com o problema da Constituição das *demos*. As teorias da Democracia, preocupadas principalmente com o método correto de decisão, não podem responder à questão de quem deve participar dessa tomada de decisão. Além disso, a equidade de uma decisão política e sua legitimidade democrática são questões separadas - um problema visível antes de cada extensão do sufrágio decidido pelo grupo que detém o direito de voto.

A questão de quem deve decidir e como essa tomada de decisão legítima para uma política de admissão é ainda mais relevante porque se trata de estrangeiros, por definição. Pessoas que estariam inicialmente fora das amostragens.

A política Democrática cosmopolita é uma discussão a ser considerada, já o crescimento do advento Migratório é um fato que apresenta tanto aspectos positivos quanto negativos, mas que requer não somente regulamentos sólidos baseados em princípios relacionados à dignidade da pessoa humana. Requer ainda, interesse e possibilidade por parte dos Estados receptores em atender e garantir tais direitos aos povos Imigrantes.

Não se trata, portanto, de garantir apenas direitos políticos aos novos ingressantes no País, mas verificar a possível infraestrutura disponível para atender estes novos atores no cenário no qual passarão a atuar, assim como, por obviedade, continuar a garantir os direitos já existentes para os nativos daquele Estado.

4.3 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PARA IMIGRANTES E O IMPACTO SOCIAL NO BRASIL

O Brasil é considerado, atualmente, um país de vanguarda no quesito de Legislação para Imigrantes. Tal afirmativa pode ser demonstrada com a mais nova Lei de Migração (Lei Nº 13.445, de 24 de maio de 2017) que apresenta uma posição de acolhimento aos Imigrantes que chegam ao Brasil, com incentivo ao ingresso no mercado de trabalho, permitindo que esses Imigrantes possam compor quadros de mãos-de-obra que, muitas vezes, não são encontradas no mercado de trabalhadores brasileiros, como é o caso do programa Mais Médicos, que permite o atendimento à saúde de brasileiros em regiões que possuem escassez desses profissionais.

Deve-se observar que a nova Lei de Migração Brasileira apresentou, como inovação na nossa legislação, normativas pertinentes à proteção dos asilados, apátridas e de brasileiros no exterior, sendo que, anteriormente, o Brasil apenas se baseava nas previsões oriundas dos Tratados Internacionais, sem legislação doméstica específica.

Segundo dados do Ministério do Trabalho de 2015, o perfil do trabalhador Imigrante em Santa Catarina é de maioria masculina que tem entre 25 e 30 anos de idade. Esses Imigrantes estão alocados nas cidades mais populosas do Estado: Florianópolis, Chapecó e Joinville e quase 50% (cinquenta por cento) possui ensino médio completo. Esses Imigrantes são provenientes, em sua grande maioria, da América Latina, notadamente uma imensa maioria de haitianos (dos 13.012 Imigrantes registrados pelo MTb, 9.199 são haitianos).

Em Santa Catarina, o empresariado pôde perceber, de imediato, a importância do incremento da mão-de-obra estrangeira para auxiliar no desenvolvimento de atividades, seja na área industrial ou na prestação de serviços. O

governo do Estado de Santa Catarina conta, ainda, com auxílio de institutos vinculados à Igreja ou a Universidades, que desenvolvem atividades de apoio aos Imigrantes recém-chegados ao Estado, nas áreas de informação sobre moradia, expedição de documentos e busca de empregos, como também motivando órgãos competentes para o desenvolvimento de cursos técnicos e de aperfeiçoamento, voltados para esses novos indivíduos que procuram se estabelecer em Santa Catarina, seja provisória ou permanentemente.

Como nos casos dos haitianos, a legislação brasileira traz uma perspectiva de acolhida humanitária, particularmente para aqueles Imigrantes que necessitam realizar a fuga de seu país de origem, mas não possuem os requisitos para se enquadrar na lei de refúgio de nosso país.

A Lei de Migração contempla claramente tal acolhida em seu art. Art. 14 - § 3º, através da concessão do visto temporário, que prevê:

Art. 14 - § 3º O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento.

Esta normativa torna-se importante para que o estrangeiro que migre para o Brasil possa ter as condições de recepção necessárias para conseguir auxílio médico, se necessário, carteira de trabalho para aquisição de emprego e instalação no Brasil para tentar iniciar uma retomada em sua vida ou enviar auxílio aos seus familiares que ficaram em seu país de origem.

Além disso, a nova Lei de Migração garante ao Imigrante em seu Art. 4º a condição de igualdade com os nacionais, respeitando o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

As Regiões Sudeste e Sul do Brasil são as que mais recebem trabalhadores Imigrantes. No ano de 2010, o Estado de São Paulo conseguiu empregar 48,5% dos Imigrantes, sendo que a capital paulista, naquele momento, registrava 28,7% do total de trabalhadores migrantes do País, percentual esse

superior ao do segundo estado, que era o Rio de Janeiro (15,8%). A capital do Estado do Rio de Janeiro reunia 11,4% da mão de obra estrangeira. São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais reuniram 70% dos trabalhadores estrangeiros no País, colocando o Sudeste em primeiro lugar. Na sequência, aparecia a Região Sul com aproximadamente 17%.²⁹⁹

O Conselho Nacional de Imigração (CNIg) autorizou pedidos de permanência no Brasil de 972 ganeses e senegaleses que vivem nos estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo. Desta forma, após o registro junto à Polícia Federal, para esses Imigrantes é possível solicitar a Cédula de Identidade de Estrangeiro (CIE), que assegura a condição de regularidade no Brasil, permitindo que eles fiquem no País por tempo indeterminado.³⁰⁰

A nova Lei de Migração inova, ainda, com relação à participação política dos Imigrantes no país, autorizando que o Imigrante no Brasil tenha o direito de associar-se e de participar de reuniões políticas e de sindicatos. Tal previsão normativa está disposta no Art. 4º, VII da referida Lei, que prevê: “Art. 4º - VII - direito de associação, inclusive sindical, para fins lícitos;.”

Apesar de as soluções serem individuais, de modo geral os defensores do princípio de autodeterminação nacional darão uma conotação étnica ao conceito de Nação e tentarão estabelecer entidades políticas soberanas o mais etnicamente homogêneas possível.³⁰¹

Tal atribuição de nacionalidade dependerá do princípio pelo qual uma nacionalidade pode ser reconhecida a determinado indivíduo de acordo com seu nascimento, se será por *jus solis* ou *jus sanguinis*.³⁰² Tal definição e atribuição jurídica

²⁹⁹ GOVERNO DO BRASIL. ECONOMIA E EMPREGO. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/12/numero-de-trabalhadores-Imigrantes-no-pais-cresceu-131> <Acessado em 12.10.2017>

³⁰⁰ GOVERNO DO BRASIL. CIDADANIA E JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/02/conselho-de-imigracao-aprova-mais-de-900-pedidos-de-permanencia-no-brasil> <Acessado em 12.10.2017>

³⁰¹ REIS, Rossana Rocha. **Políticas de IMigração na França e nos Estados Unidos** (1980-1998). p. 36.

³⁰² *Jus Solis* é aquele que adquire nacionalidade em razão do local de nascimento, ainda que filho de pais estrangeiros. Chamado também de direito de solo. Já o *Jus Sanguinis* é aquele que adquire

na Constitucional Nacional torna-se extremamente relevante para atribuição de nacionalidade e definição de quem será considerado cidadão e quais suas atribuições enquanto cidadão.

No Brasil são aceitos tanto o *jus solis* quanto o *jus sanguinis*. O Jus Sanguinis permite a atribuição da nacionalidade ao filho de estrangeiro ou filhos de brasileiros nascidos no exterior. Essa política jurisdicional brasileira de formato mais aberto e inclusivo permite uma maior garantia de direitos aos Imigrantes, valendo-se do princípio de igualdade como garantidor de direitos para nacionais e estrangeiros.

De todo modo, não podemos ignorar os problemas trazidos pela massa Migratória ao Brasil. Tomemos como exemplo o grande número de Imigrantes Venezuelanos (que cresce a cada dia) ingressantes no País pelo Estado de Roraima. As situações de conflitos atingiram agora a ordem na segurança pública, aumentando a antipatia pelos Imigrantes por parte dos nativos da Região.

Os Imigrantes são acusados de delitos (como furtos) e, também, de retirar as vagas dos originários da Região nos atendimentos à saúde Pública, o que tem gerado conflitos e tem preocupado as autoridades locais e federal.

Segundo dados da Casa Civil da Presidência da República Brasileira, por meio de relatórios fornecidos pela Polícia Federal³⁰³, até 09 de maio de 2018, havia um total estimado de venezuelanos no Estado de Roraima de 47.776 (quarenta e sete mil setecentos e setenta e seis), levando-se em consideração que Roraima possui uma população de 514.229 (quinhentos e catorze mil e duzentos e vinte e nove) habitantes em todo o Estado, segundo estimativas de 2016 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), sendo considerado o Estado menos populoso do Brasil.

nacionalidade em razão de sua ascendência. Chamado de direito de sangue e forte ligação com o idioma e aspectos culturais.

³⁰³ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA DO BRASIL. Casa Civil. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/operacao-acolhida/documentos/policia-federal-migracao-em-roraima-9-de-maio-de-2018/view>>. Acessado em 25/07/2018.

Estes Imigrantes venezuelanos, no caso específico, estão escapando de uma crise humanitária no País vizinho, no qual não conseguem obter nem mesmo o básico para sua sobrevivência. Estes Imigrantes vêm em busca de trabalho e de uma vida mais digna para si e seus familiares, mas acabam não conseguindo emprego na Região, que já consegue absorver toda mão de obra disponível dos cidadãos brasileiros que ali vivem e acabam tendo que morar na rua em condições muito precárias para a sua sobrevivência.

O Plenário do Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH) aprovou neste ano de 2018, a Recomendação nº 1, de 31 de janeiro de 2018, em caráter de emergência com relação aos direitos de venezuelanos migrantes para o Brasil. A aprovação é consequência dos trabalhos realizados in loco pelo CNDH a cinco cidades dos estados do Pará, Amazonas e Roraima, em janeiro de 2018, no qual foi possível verificar a situação dos direitos humanos de imigrantes venezuelanos que têm entrado no Brasil com solicitação de acolhimento e refúgio, em razão da grave crise econômica e humanitária que assola a Venezuela.³⁰⁴

Mesmo se valendo dos preceitos instituídos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XIII, 2, no qual: “Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar”; e o que estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º, inciso XV, quando dispõe que: “XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus

³⁰⁴ “No documento, o CNDH recomenda à Presidência da República e à Casa Civil a instalação urgente de um Gabinete Emergencial de Gestão Migratória composto pelo governo federal e governos estaduais e municipais envolvidos na acolhida das venezuelanas e dos venezuelanos no país. Também solicita a realização de estudo e implementação de um plano de interiorização que apoie venezuelanos que cheguem via Roraima e desejem buscar outros destinos no Brasil, além da elaboração e adoção de protocolos nacionais de atendimento diferenciado à população indígena migrante, com ampla consulta nos termos da Convenção 169 da OIT. Órgãos do Executivo Federal responsáveis pela elaboração de portarias que regulamentem os aspectos da Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração) e do Decreto 9.199/2017, em especial Ministério da Justiça e Segurança Pública, Ministério das Relações Exteriores e Ministério do Trabalho, o colegiado solicita que conduzam o processo de regulamentação da legislação de forma aberta e com ampla consulta.” Fonte: BRASIL. **Ministério dos Direitos Humanos**. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/old/cndh/noticias/plenario-do-cndh-aprova-recomendacao-emergencial-sobre-direitos-de-imigrantes-venezuelanos-no-brasil.>> Acessado em: 22.05.2018.

bens;” é importante atentar para, além do aspecto de respeito à liberdade do homem para mover-se e se estabelecer em outro País, também, quesitos importantes que implicam a ordem social e econômica do Estado receptor.

É inegável a importância de manter o olhar direcionado à manutenção dos direitos que privilegiam a igualdade e que trazem segurança jurídica aos acolhidos, pelo País de acolhimento, mas é de extrema relevância discutir políticas públicas eficazes para atender tanto o estrangeiro (Refugiado ou não) quanto os cidadãos nativos, para que os princípios de igualdade e liberdade possam ser atingidos por todos. Para tanto, faz-se necessária uma atuação da administração pública mais eficaz, para atender a demanda de Imigrantes que tende a crescer a cada dia.

Não é suficiente, ao menos no caso brasileiro, valer-se de leis que visam proteger direitos e trazer a igualdade dentre os povos, se estas, sozinhas, não conseguem trazer tal proteção jurídica e atender, de fato, tanto população brasileira quanto povos que estão migrando para o Brasil.

No capítulo seguinte, que trata da Soberania Estatal e da Migração buscou-se tratar da possibilidade de relativização da Soberania Estatal e das fronteiras estabelecidas em seu território para ampliar esforços que possam proteger os Migrantes Internacionais, em especial os Refugiados. Para tanto, fez-se uma análise sobre a evolução para o Transconstitucionalismo, na busca de um Constitucionalismo Transnacional como modo de fomentar juridicamente as bases de direitos igualitários para migrantes e não-migrantes para além dos territórios Nacionais.

Capítulo 5

SOBERANIA E MIGRAÇÃO

5.1 A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA ESTATAL E DAS FRONTEIRAS ESTABELECIDAS EM SEU TERRITÓRIO

Dado o cenário mundial contemporâneo, pensando que tanto a Soberania como o Governo Nacional são categorias que são compostas de diferentes tipos, foi possível detectar a mudança do internacionalismo liberal de maneira gradual, e até mesmo considerar que a soberania está sendo restringida em razão, principalmente, do impacto da Globalização sobre o mundo. Tal constatação permite dizer que a Soberania não permanece mais a mesma que Rousseau conceituou como o poder único, inalienável, absoluto, pleno e total do Estado.

Nesse âmbito, parece oportuno destacar que não podemos dizer que a Soberania não existe, porque embora seja limitada, ela continua a ser um elemento necessário e inerente à atribuição do Estado Democrático (Soberania Nacional é adquirida e a Democracia demonstra o pleno respeito pelas liberdades civis). A nova ordem mundial, cheia de contradições e desigualdades, leva-nos à necessidade urgente de repensar o conceito de Soberania Nacional, a fim de restabelecer um projeto nacional inclusivo e Democrático que está se dirigindo para classificar condições de natureza endógena de progresso econômico e modernidade política, no âmbito da integração Nacional em uma ordem internacional com as mudanças e rearranjos tão rápidos quanto profundos.

Com base ainda no Poder Soberano concedido ao Estado, devemos lembrar que a Constituição de um determinado Estado procura integrar e garantir a seu povo os direitos adquiridos por esse povo, como liberdade e igualdade, que servem como base para uma Sociedade que busca a pacificidade e a justiça. Nesse diapasão, a Teoria do Estado permite que a representação política desse Estado esteja concomitante com os interesses de seus representados e possa, assim, fortalecer-se, por meio de sua Constituição.

Somente utilizando normas igualitárias e em concordância com as necessidades do povo é que a representação política poderá utilizar de meios para avaliar suas ações em prol desse povo e, assim, garantir os direitos e deveres instituídos para todos.

A Soberania do Estado, com as mudanças estruturais e comportamentais dos povos em função dos avanços tecnológicos, da circulação de pessoas entre países e das consequências diretamente ligadas à Globalização, vem se enfraquecendo em função das pressões econômicas e políticas internacionais, que interferem nas tomadas de decisões dos países desenvolvidos e em desenvolvimento, causando adequações que interferem diretamente nas questões relacionadas ao ambiente e ao desenvolvimento do Estado.

Pode parecer que, efetivamente, a Soberania não conhece limites e que um Estado pode fazer o que considera mais apropriado dentro da sua delimitação territorial, no entanto, este poder deve ser exercido dentro de um quadro legal desde que nenhuma violação dos Direitos Humanos ocorra.

Vale ressaltar a particularidade representada pelo Direito Internacional de acordo com a teoria monista, na qual terá precedência sobre o ordenamento jurídico interno dos Estados aquele Supranacional sob o qual o Estado-Nação comprometeu-se a cumprir. No entanto, nesta área, não é tratado adequadamente de um primado inegável, mas sim uma cooperação entre sujeitos primários, pois, apesar dos instrumentos legais adotados na ordem internacional, cabe aos Estados implementar os meios necessários para garantir a eficácia da proteção.

Para melhor discutir o Poder Soberano Estatal e suas implicações, gostaríamos de trazer uma clássica posição sobre a Soberania Estatal, pautada de forma muito forte na economia e na sua proteção e, posteriormente, a implicação dos aspectos da Soberania Estatal em nível Transnacional e na Governança Global.

Passa-se, então, a apresentar a Soberania defendida por Heller e a sua importância para a garantia das normas jurídicas positivadas coadunadas com a proposta para uma sustentabilidade econômica embasada em normas que protejam

o aspecto econômico, mas também com os interesses da maioria. A decisão deve estar pautada na regularidade da utilização da norma para o bem comum.

No tocante ao processo de integração Supranacional normativa, o próprio autor apresenta que, estando pautado pelos mercados, devemos nos debruçar sobre o conceito de Transnacionalidade e como as normas Transnacionais poderão regular os aspectos econômicos entre Estados, com a atenção voltada para o bem-estar comum. Nas regras de proteção dos Direitos Humanos, é essencial a discussão de normas Supranacionais para proteção internacional de tais Direitos e de que forma poderão interagir sem ferir a Soberania Estatal. De tal forma, Hermann Heller³⁰⁵ esclarece que:

O ente Estado, como acontecimento humano cujo sujeito-objeto somos nós mesmos, sai de si próprio mediante o seu conteúdo de vontade e se projeta no futuro. Este conteúdo de vontade forma-se mediante um conteúdo político de valor, que não se deve procurar em uma zona separada da realidade do Estado, mas exclusivamente na vontade do homem que atua politicamente; os homens, unidos em comunidades de vontade e de valores por suas aspirações e concepções políticas, propõem-se conseguir algo para o futuro.

As comunidades de vontades e valores de que trata Heller são uma forma organizada de representação que objetiva atingir a forma ordenada de regramentos, dentro de seu âmbito territorial, para as percepções políticas que possam garantir as necessidades e interesses do coletivo. Estas regras e normas não são imutáveis, elas devem acompanhar as mudanças que ocorrem nestas comunidades e sobrepesar possíveis alterações para o futuro do Estado.

Para Hermann Heller, a legitimidade de uma ordem social tem efeito decisivo para as ambições de validade e de poder de determinada autoridade político-social que a acolhe e opera. Uma organização social formada por regras observadas e exigidas torna-se a demonstração necessária para o permanente predomínio.³⁰⁶

³⁰⁵ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 79.

³⁰⁶ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. 1968, p. 114.

A legitimidade, tanto para as ações do Estado, como para governar suas comunidades, deve estar abarcada por normas que sejam percebidas como de interesse de todos e ideais de toda a comunidade, como forma de validar e fortalecer estas normas para que sejam cumpridas, muito mais por conseguir atingir o maior número de interessados na utilização de tal norma, do que como ação coatora.

A legitimação do poder deve vir do e para o povo, na forma da Democracia. Para tanto, a norma deve ser possível e reconhecida pela comunidade envolvida para que possa legitimar-se. A norma deve ser considerada justa, não exigindo demais de um determinado grupo em detrimento do interesse de outro. Deve tentar atingir o senso de igualdade para que seus objetivos possam alcançar e preservar a comunidade como um todo.

Tal demonstração reforçará a posição política de aproximação entre Estado e indivíduo sem permitir que interesses econômicos manifestados por certos grupos invalidem a natureza da norma de preservação dos interesses difusos.

Considera-se, de tal feita, que a Globalização é impensável sem o Estado, segundo Gonzalo Maestro Buelga³⁰⁷, pois a função do Estado na proposta voltada para a Globalização é a ampliação do mercado global. O protagonismo do Estado na reorganização do Poder Global não irá contaminar sua nova configuração de atuação: Governança multinível como inserção do Estado em processos complexos que extrapolam o seu poder.

Importante salientar que um Sistema jurídico multinível está amplamente vinculado com problemas de direitos fundamentais ou de direitos humanos, com impactos relacionados ao Transconstitucionalismo.³⁰⁸ Sendo que, em um sistema mundial de níveis múltiplos, é necessário valer-se de um cruzamento de ordens jurídicas diversas em nível Transnacional.³⁰⁹

³⁰⁷ BUELGA, Gonzalo Maestro. La Crisis del Discurso Globalizador. *In*: ANDÒ, Biagio; VECCHIO, Fausto. (Cord.). **Costituzione, Globalizzazione e Tradizione Giuridica Europea**. Padova: CEDAM, 2012. p. 14.

³⁰⁸ NEVES, Marcelo. **TransConstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 249.

³⁰⁹ NEVES, Marcelo. **TransConstitucionalismo**. p.242.

Com o advento da Globalização, o controle econômico por parte do Estado é matéria que deixou de ser particularidade de um País enquanto ente Soberano, pois as atividades e políticas econômicas realizadas mundialmente exercem efeitos em praticamente todos os países, quase que independentemente de formas e sistemas de Governo, como identifica Hermann Heller³¹⁰: “[...] a função estatal consiste justamente em acomodar os fins econômicos à situação política total, o que, naturalmente, só pode realizar-se mediante uma posição superior à economia”.

Para garantir a legitimidade das ações do Estado, é importante que a Sociedade perceba que tais ações se identificam com o atendimento de suas necessidades e representam suas pretensões para garantir uma vivência pacífica em comunidade. A garantia do bem-estar coletivo torna-se essencial para a boa condução das políticas utilizadas pelo Estado, sejam estas de ordem econômica ou social, como forma de atingir as proposições e expectativas criadas pela Sociedade.

A primazia estabelecida para a Soberania do Estado em detrimento das concepções axiológicas consideradas como fundamentais, que permitiram estabelecer e, com base nelas, a partir do século XVIII, construir regras Constitucionais tão significativas para o homem quanto para o Estado, veio também impor limitações, como regras de segurança nacional, que servem ainda como delimitadores dos esforços e objetivos que cada Estado-Nação visa estabelecer com os demais Estados na contemporaneidade.

Tal Soberania encontra-se num paradoxo entre sua sustentação ou relativização em razão de fenômenos econômicos (Globalização, como é tratada hoje, em seu estágio inicial), políticos (criação de união de Estados soberanos como a União Europeia) e sociais (aumento significativo do número de Migrantes no mundo, especialmente por crises civis, humanitárias e climáticas) ocorridos nas últimas décadas que afetaram vários Estados em diversas regiões do Globo.

Diante de tais acontecimentos, cresce a preocupação com a garantia da segurança da Nação e de seus nacionais a partir do Estado-Nação, respeitado e

³¹⁰ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. 1968, p. 258.

protegido pela intangibilidade de sua Soberania, reforçado pelas normas internas como também por algumas normas internacionais, principalmente aquelas de caráter privado.

De outra parte, surgem, também, questionamentos sobre a possibilidade de redução da Soberania do Estado para privilegiar e atender aos direitos do homem, que devem ser absorvidos por todos os Estados, sem a possibilidade de retrocesso enquanto normas garantidoras de direitos humanos estabelecidos em âmbito internacional, como é o caso da Declaração de Direitos Humanos.

Pode-se dizer que as normativas que permitem a redução ou a exclusão de Direitos dos indivíduos, justificando-se pela manutenção da Soberania estatal, principalmente em razão da sua segurança e preservação da identidade da Nação, evidenciam a falta de interesse público para auxiliar ou preservar a manutenção de benefícios que podem ser concedidos ao indivíduo, principalmente para as minorias.

Notadamente, isto pode ser observado, atualmente, nas questões relacionadas às políticas migratórias, motivo de preocupação principalmente nos Estados Europeus, que diariamente recebem Refugiados da África e de outros Continentes.

Muitas das políticas de caráter internacional estabelecidas pelo Estado, que visam impedir o acolhimento de imigrantes em seus país e conceder os *status* de naturalizado, estão diretamente ligadas a interesses econômicos.

Como alertam Del Cabo e Pisarello³¹¹, a internacionalização dos direitos dos investidores e dos grandes proprietários Transnacionais não correspondem a uma Globalização de direitos para a grande maioria da humanidade, do mesmo modo que a mundialização da lógica econômica do benefício privado não veio acompanhada pela internacionalização da lógica política da satisfação de necessidades básicas e a extensão de garantias de liberdade e igualdade.

³¹¹ DEL CABO, Antonio; PISARELLO, Gerardo (Org.). **Constitucionalismo, Mundialización y Crisis del Concepto de Soberanía**: algunos efectos em América Latina y en Europa. Alicante: Universidad de Alicante, 2000. p. 29.

Na mesma direção, entre outros aspectos, os comerciantes e financistas se supranacionalizaram, enquanto que os políticos e fiscais se mantêm no estrito âmbito dos Estados-Nação, impotentes para limitar o poder econômico e corrigir as falhas e as enormes desigualdades que se geram nos mercados quando se abandona a própria lógica.

Com o objetivo de simplificar o termo Soberania, este pode ser utilizado, ao menos, em três sentidos radicalmente diferentes. A Soberania constituinte, a Soberania do órgão constituído e a Soberania do ordenamento. Os três permanecem unidos sob o mesmo referente (“Soberania”) porque os três são notavelmente ideológicos e simultaneamente prescritivos. Idealmente, os três conceitos coincidiriam na pessoa do Monarca absoluto (criador da comunidade por *raepresentatio absortiva*), órgão máximo do poder e personificação do ordenamento (*quo principis placuit*) e que passaram a referir-se ao Estado. O termo Soberania, em sua dimensão internacional, só passou a ser considerado relevante a partir da Paz de Westfalia.³¹²

Sendo assim, simplesmente renunciar ao conceito de Soberania pode trazer alguns aspectos preocupantes. O reconhecimento da falta de Soberania na Nação, na lei ou no parlamento pode implicar, simultaneamente, a perda da percepção de limitação do poder. Por outro lado, denunciar a mistificação de tais conceitos como Soberania Nacional ou Constitucional parece inevitável do ponto de vista intelectual.³¹³

De todo modo, acredita-se que a necessidade da discussão dos contornos e reflexos das ações soberanas dos Estados nas legislações internas e internacionais deva ser observada cuidadosamente, com o objetivo de amparar cada vez mais o indivíduo e preservar as características do Estado-Nação no que tange, principalmente, à sua segurança e à segurança de seu povo, conseqüentemente.

³¹² DEL CABO, Antonio; PISARELLO, Gerardo (Org.). **Constitucionalismo, Mundialización y Crisis del Concepto de Soberanía**: algunos efectos em América Latina y en Europa. p. 57.

³¹³ DEL CABO, Antonio; PISARELLO, Gerardo (Org.). **Constitucionalismo, Mundialización y Crisis del Concepto de Soberanía**: algunos efectos em América Latina y en Europa. p. 59.

Isso não deve se tornar motivo impeditivo para que as leis desse Estado possam ser mais abrangentes e acolhedoras no aspecto de absorção e recepção de novos integrantes do Estado, especialmente àquelas direcionadas aos Migrantes em busca de refúgio.

Nesse contexto, o surgimento de uma consciência de crise da Soberania poderia ser atribuído a uma acumulação de feitos que colocaram, simultânea e manifestamente, o caráter irreal (ideológico) do conceito e sua incapacidade prescritiva. O conceito se havia demonstrado falso e se havia deslegitimado. Este feito seria o resultado de uma grande incubação (quase quinhentos anos) que se viu facilitada pela separação em três seções diferentes do que antes aparecia unido no Rei/legislação.³¹⁴

Manuel Aragon enfatiza que os preceitos constitucionais garantem a todos os Cidadãos seus Direitos de liberdade e participação, estabelecendo assim o que considera uma obviedade: “[...] *sólo un Pueblo libre puede ser soberano.*”³¹⁵ Já que a Soberania reside no povo e, portanto, a ele pertence o poder constituinte.

Prossegue, Manuel Aragon, esclarecendo que evidentemente a transferência da titularidade de Soberania, de uma entidade individual (o monarca) a uma entidade coletiva (a Nação), obriga a conceber essa coletividade como um corpo unitário, capaz de expressar uma vontade, ou seja, de exercer seu poder. Isso suporia não só que a coletividade Soberana vem acompanhada de uma regra da qual não pode desligar-se (a regra da maioria), e, sobretudo, que essa coletividade se encontra organizada. Adverte ainda que: “*Diluir en la norma (la Constitución) o en el Estado (el Estado constitucional) la Soberania supone, simplemente, falsear su titularidade democrática.*”³¹⁶

³¹⁴ DEL CABO, Antonio; PISARELLO, Gerardo (Org.). **Constitucionalismo, Mundialización y Crisis del Concepto de Soberanía**: algunos efectos em América Latina y en Europa. p. 59.

³¹⁵ ARAGON, Manuel. **Constitución y Democracia**. p. 28. Livre tradução da autora: “[...] só um povo livre pode ser soberano.”

³¹⁶ ARAGON, Manuel. **Constitución y Democracia**. p. 31. Livre tradução da autora: “Diluindo na norma (a Constituição) ou no Estado (o Estado constitucional) a Soberania supõe, simplesmente, falsear sua titularidade democrática.”

O Estado Constitucional é, por princípio, Estado de Direito e, em consequência, a Democracia Constitucional implica a juridificação da Democracia, que é o processo de expansão e adensamento do Direito positivo na Sociedade moderna, da Democracia e por isso a necessidade de conceber juridicamente, ou seja, de forma limitada, a própria Soberania.³¹⁷

Entende-se, assim, que a elaboração da categoria de Estado Constitucional compreende, como esclarece Paolo Ridola³¹⁸, o desembarque de um itinerário cultural problemático e complexo, iniciado durante os anos da República de Weimar, que resultou em uma mudança radical de Perspectiva (do Estado para a Constituição) em estudo da estrutura das comunidades políticas. Isto significa não só que o modelo indicado tende a transcender a organização dos Estados, mas acima de tudo também com referência à experiência destes modelos, a Constituição não se impõe mais como a expressão da Soberania do Estado e de seus limites.

De outra parte, deve-se destacar a importância da ligação entre Constituição e pluralismo (por exemplo, como a importância das associações, partidos políticos, organizações de interesses, de vários tipos manifestações da esfera pública), nas dinâmicas Constitucionais e modalidades vinculadas a esse pluralismo, através do qual o valor da Constituição é afirmado: o pluralismo torna-se um elemento de qualificação da eficácia da Constituição.³¹⁹

A delimitação do Estado Constitucional como Estado de Direito vem reforçar a importância de limitação de poderes, tanto interna quanto externamente, de maneira que o governante não possa impor suas vontades nem mesmo gerir seus esforços de políticas administrativas pensadas nos interesses de pequenos grupos ou simplesmente de interesses econômicos.

É necessário compreender que a limitação governamental não impede a evolução de direitos conquistados para garantir a dignidade da pessoa humana e,

³¹⁷ ARAGON, Manuel. **Constitución y Democracia**. pgs. 29-31.

³¹⁸ RIDOLA, Paolo. Il Costituzionalismo e lo Stato Costituzionale. *In: Rivista Nomos*. N. 3. Novembre/2017. p. 1-16. p. 2.

³¹⁹ RIDOLA, Paolo. Il Costituzionalismo e lo Stato Costituzionale. *In: Rivista Nomos*. p. 2.

tampouco, possa ultrapassar as barreiras existentes para que novos direitos possam ser discutidos e incorporados em um sistema normativo mais igualitário.

De tal feita, é necessário analisar os impactos da Geopolítica na tomada de decisões e nas imposições de regras que afetarão Estados e seus povos. Para tanto, a Geopolítica aqui será entendida como o estudo das repercussões e relações entre o poder político nacional e o espaço geográfico, com o objetivo de orientar os governos dos Estados nas tomadas de decisão no cenário mundial, que apresentou, com a queda do muro de Berlim e o fim da bipolaridade mundial existente entre EUA e a URSS, novas perspectivas de caráter geográfico e econômico que continuam a influenciar as políticas mundiais.

O novo mapa econômico mundial passa então a dividir o mundo em Norte e Sul, criando uma linha imaginária entre os países do Norte, considerados desenvolvidos e conduzidos, em sua maioria pelos EUA, e os países do Sul, considerados subdesenvolvidos. Além da divisão econômica global em norte e sul, a guerra ao terror capitaneada pelos EUA após o 11 de setembro influenciou fortemente as políticas internacionais e as regras para o recebimento de Imigrantes estrangeiros, interferindo na mobilidade do homem e na possibilidade de seu estabelecimento em um outro país, que não o seu de origem.

Como esclarece Maria Chiara Locchi, as estruturas Geopolíticas e jurídicas que foram construídas fundadas nos Estados territoriais e Nacionais, sofreram um desgaste em sua estrutura em razão da Globalização por um significativo período. No contexto das políticas de Imigração, as preocupações que fazem questionar as ações dos Estados-Nação não devem ser associadas de forma muito simplista com a dissolução do Estado e a superposição de entidades políticas Supranacionais. No domínio da política de Imigração, os Estados continuam a ser os protagonistas dominantes e o seu peso na cena internacional é fortemente influenciado pelo equilíbrio político-econômico do poder.³²⁰

³²⁰ LOCCHI, Maria Chiara. The Mediterranean Sea as a European Border: Trans-mediterranean migration, forced return and violation of fundamental rights. In: VALLET, Elisabeth (Org.). **Borders, Fences and Walls: State of insecurity?**. New York: Routledge, 2014. p. 11-26. p. 11.

Nesse sentido, entende-se, e é o que pretendemos sustentar, que não se trata de uma superação do Estado-nação, mas sim, a relativização de sua Soberania no sentido de favorecer políticas e decisões jurídicas que possam preservar os direitos que garantam a dignidade do homem, estabelecido como direito observado nas declarações e tratados internacionais, respeitando a Soberania estatal, mas não permitindo que essa Soberania ultrapasse tais direitos essenciais para o resguardo das conquistas que permitem uma conformidade com políticas adequadas à sustentação do Estado Constitucional de Direito.

Reforçando tal entendimento, podemos citar o modelo utilizado pela União Europeia. No que diz respeito à transformação da "fronteira", as políticas de Imigração europeias representam um interessante estudo de caso. O processo de integração europeia e a consolidação do direito à livre circulação no âmbito da UE incluíram a noção do que pode ser entendido como constituição de uma fronteira. O Acordo de Schengen, de 1985, estabeleceu um espaço de livre circulação através da abolição das fronteiras "internas" ou da fronteira dos Estados-membros de Schengen.³²¹

Por conseguinte, a abolição das fronteiras internas não só resultou na melhoria da liberdade de circulação, como também provocou o fortalecimento das fronteiras "externas", tornando a Europa uma "fortaleza" para as pessoas que desejam entrar nela. As características da política fronteiriça europeia colocam em questão saber se a transformação das fronteiras estatais europeias significou a superação de uma "lógica do Estado" ou se houve uma intensificação dos paradigmas Nacionais na exclusão dos "outros".³²²

Nesse sentido, a proliferação e a militarização das fronteiras parecem contrariar a Globalização liberal que, no modelo do Mercado Comum, recomenda as quatro liberdades de movimento: dos trabalhadores, dos capitais, dos serviços e dos

³²¹ LOCCHI, Maria Chiara. **The Mediterranean Sea as a European Border**: Trans-mediterranean migration, forced return and violation of fundamental rights. p. 11.

³²² LOCCHI, Maria Chiara. **The Mediterranean Sea as a European Border**: Trans-mediterranean migration, forced return and violation of fundamental rights. p. 12.

bens, entendendo-se que a livre circulação de trabalhadores leva à livre circulação de ideias.³²³

A circulação de pessoas, que poderá ser motivada por questões de diversos interesses e motivos (turismo, profissionais ou de manifesta vontade de fixar-se em outro país) deve ser regulamentada, indiscutivelmente, e com normativas rígidas que possam ser contempladas pelos interesses de cada Estado sem, com isso, restringir os direitos de liberdade e igualdade do homem ou valer-se de sanções contrárias ao permitido e aceito segundo valores morais já contemplados nos documentos normativos internacionais, que visam estabelecer o respeito à livre circulação e à dignidade da pessoa humana^{324, 325}

As fronteiras estabelecidas pelo Estados-nação objetivando à proteção desse Estado e de sua Nação, conseqüentemente, servem como delimitador das instâncias requeridas no âmbito estatal para sua proteção, mas também, como inibidor de ações que possam pôr em risco sua segurança. De maneira que “[...] a existência das fronteiras estatais é tratada pela legislação internacional como autoevidente, e a autonomia dos Estados nas decisões sobre suas fronteiras é incontestada.”³²⁶

No entanto, o Estado-Nação é muito pequeno para enfrentar os problemas econômicos, ecológicos, imunológicos e informativos criados pelo meio ambiente; mas também é muito grande para acomodar as aspirações dos movimentos sociais e regionalistas. Nessas condições, a territorialidade tornou-se uma delimitação anacrônica de funções materiais e identidades culturais; contudo, apesar do colapso

³²³ ROCHE, Jean-Jacques. **Walls and Borders in a Globalized World**: the paradoxical revenge of territorialization. In: VALLET, Elisabeth (Org.). *Borders, Fences and Walls: State of insecurity?*. New York: Routledge, 2014. p.105-116. p. 105.

³²⁴ A Declaração Universal de Direitos Humanos em seu artigo 2º, prevê: “[...] Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de Soberania.”

³²⁵ No caso da União Europeia, no primeiro momento com o Tratado de Maastricht, introduziu a noção de Cidadania da União Europeia, da qual qualquer nacional de um Estado-Membro se beneficia automaticamente; além, é claro, da Declaração de Direitos Humanos.

³²⁶ REIS, Rossana Rocha. **Políticas de Imigração na França e nos Estados Unidos (1980-1998)**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild, 2007. p. 53.

das concepções tradicionais de Soberania, o monopólio do território continua a ser exercido através das políticas de Migração e Cidadania.³²⁷

É inegável, porém, que a identidade - ou pelo menos a identidade percebida, que é o que todo mundo assume como personagem principal da sua própria identidade - está agora sujeita a fortes tensões. Segundo Manlio Graziano³²⁸, as fronteiras de identidade são mais porosas do que no passado: a ideia de colocá-las dentro de áreas geográficas definidas é muito tentador para os olhos daqueles que gostariam de encontrar alguma aparência de ordem e estabilidade em um mundo de caos e mudança.

A fronteira é, na verdade, a condição da Democracia. É isso que liga a decisão e responsabilidade coletivas. Sem a existência de fronteiras, se vivêssemos em uma indeterminação territorial, poderíamos certamente ter a possibilidade da decisão em comum, mas não a responsabilidade de longo prazo que vem da existência em um dado território.

A globalização está transformando o paradigma Westfaliano, mudando a noção de territorialidade estatal do espaço restritivo do Estado para o espaço Transnacional. O controle estatal sobre o espaço e o tempo é cada vez mais ignorado pelos fluxos globais de capital, bens, serviços, tecnologia, comunicação, penetração cultural e informação.

Além disso, o ideal de autossuficiência territorial contradiz abertamente a interdependência absoluta dos povos do planeta - um processo acelerado decisivamente pelo fenômeno da Globalização. O nascimento do Direito Internacional e a disseminação das normas internacionais de Direitos Humanos acompanham a Globalização. Na medida em que as interdependências econômicas, militares e comunicativas aumentam, e o turismo e as formas de mobilidade transfronteiriças se

³²⁷ BENHABIB, Seyla. **I Diritti degli Altri**: stranieri, residenti, cittadini. Tradução de Stefania de Petris. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2006. p. 4.

³²⁸ GRAZIANO, Manlio. **Frontiere**. Bologna: Mulino, 2017. p. 96.

intensificam, um conjunto de normas e regras é estabelecida para regular as atividades da Sociedade Civil Global.³²⁹

A perspectiva tradicional que leva à legitimidade do Direito Internacional para os tratados entre Estados soberanos parece inadequada para compreender a complexidade jurídica de uma Sociedade Civil Global. Além da obsolescência desse modelo, também é necessário observar o fracasso do ideal de autoeficácia territorial.³³⁰

A Soberania como um conceito de defesa rígida contra o outro tem sido relativamente relaxada, qualificando também o peso que a Governança e a estabilidade têm na análise e compreensão da Soberania real dentro e fora das fronteiras Nacionais. A preponderância das fronteiras físicas foi diluída pela predominância de fronteiras simbólicas e da Transnacionalidade. Para a fronteira como uma linha divisória, a fronteira foi imposta como uma zona de amortecimento cuja identidade e construção social é tão particular quanto as identidades que compõem os Estados que une e separa. A proximidade radicaliza algumas transformações locais e globais, e a integração econômica torna-se uma força fragmentadora. O confronto entre diversidade e homogeneização torna-se inevitável. Pôde-se ainda observar que o uso político pelos Estados envolvidos da crise Migratória dos Refugiados de guerra, que eclodiu na União Européia nos últimos anos, acentuou ainda mais essa contradição.

Portanto, as atenuações de limites fronteiriços entre Estados e, conseqüentemente a Soberania desses Estados, é um fato que vem ocorrendo desde o último século e que obriga o Estado Democrático de Direito a questionar até que ponto pretende permitir tal atenuação.

Com base nisso, pode-se dizer que se torna perceptível a necessidade de criação de Organismos Internacionais com competência jurídica para juridicizar em espaços nos quais o Estado não consegue mais atuar isoladamente, em razão dos

³²⁹ BENHABIB, Seyla. *I Diritti degli Altri*: stranieri, residenti, cittadini. p. 174.

³³⁰ BENHABIB, Seyla. *I Diritti degli Altri*: stranieri, residenti, cittadini. p. 174.

mais diversos fatores ligados à Globalização e evolução da tecnologia, dos Direitos e dos interesses da Sociedade em geral.

5.2 A EVOLUÇÃO PARA O TRANSCONSTITUCIONALISMO

Na evolução do Constitucionalismo moderno para o Constitucionalismo contemporâneo, pôde-se perceber que os Direitos reconhecidos no primeiro (em destaque os direitos humanos), mantiveram-se garantidos na contemporaneidade (pelo menos formalmente), com uma ampliação de aplicação e controle que foge da perspectiva jurídica do Estado-Nação.

Alguns dos problemas surgidos na contemporaneidade, como o aumento considerável de Migrantes dos países subdesenvolvidos para os países desenvolvidos, exigiu de órgãos de competências jurídicas Supranacionais respostas que pudessem atender aos Estados envolvidos nas ações e decisões normativas e, de maneira ainda mais direta, aos indivíduos atingidos por essas decisões. Começa, assim, a discussão sobre os limites jurídicos estabelecidos pelo e para o Estado-Nação, como forma de assegurar a garantia de Direitos Humanos em sentido amplo.

Os problemas jurídicos da atualidade estão, assim, seguindo caminhos em busca de soluções jurídicas que possam absorver consequências que estão indo além do limite jurídico de um único Estado-nação. Como elucida Marcelo Neves³³¹:

Cada vez mais, problemas de direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação do poder tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para a sua solução. Isso implica uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns.

Com tal elucidação, pode-se ter em conta que a disposição para o envolvimento de outras ordens jurídicas, que não somente as emanadas diretamente da Constituição, abrem a perspectiva de diálogos Constitucionais, ou seja, diálogos

³³¹ NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transConstitucionalismo além de colisões. In: **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, n. 93, São Paulo set./dez. 2014. ps. 201-232. p. 203.

entre Estados-Nações que objetivem dirimir problemas comuns, valendo-se sim de suas Constituições, mas também de ordenamentos jurídicos de Ordem Internacional que objetivem complementar e aprimorar as interpretações jurídicas, já que³³²:

O direito constitucional, nesse sentido, embora tenha a sua base originária no Estado, dele se emancipa, não precisamente porque surgiu uma multidão de novas Constituições, mas sim tendo em vista que outras ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução dos problemas constitucionais básicos, prevalecendo, em muitos casos, contra a orientação das respectivas ordens estatais. Além do mais, surgem permanentemente relações diretas entre Estados para tratar de problemas constitucionais comuns.

O Transconstitucionalismo³³³, como sugere Marcelo Neves, requer uma “relação transversal permanente”, na qual se pretende valer de diversas normativas jurídicas existentes no ordenamento jurídico-doméstico que visem à solução de problemas Constitucionais comuns a vários Estados-Nação, sobrepondo-se à dimensão estatal e atingindo uma amplitude multiestatal ou Global.

De tal forma, Marcelo Neves³³⁴ entende que o Transconstitucionalismo precisa de método, pois é necessário que o método Transconstitucional se desenvolva na expectativa da composição de “pontes de transição” que permitam relações jurídicas com um viés mais construtivo (ou pelo menos que não tenha uma tendência destrutiva) na interação entre ordenamentos jurídicos, valendo-se de diálogos que busquem um plano pluridimensional de seus princípios e regras concernentes aos problemas jurídicos-constitucionais comuns às partes envolvidas no processo. Pois é

³³² NEVES, Marcelo. **(Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões.** p. 206.

³³³ O conceito de Transconstitucionalidade está direcionado especificamente para a solução de problemas jurídicos que atravessam os mais variados níveis e tipos de ordens jurídicas, pois: “Um problema Transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução.”. Marcelo Neves faz um destaque ainda para a diferenciação entre TransConstitucionalismo e InterConstitucionalismo: “[...] cabe distinguir o transConstitucionalismo (gênero), que inclui relações entre ordens constitucionais e anticonstitucionais, do interConstitucionalismo (espécie), que só comporta relações entre ordens jurídicas que **satisfazem as exigências constitucionalistas.**” (grifo nosso). Fonte: NEVES, Marcelo. **TransConstitucionalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. XXII.

³³⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 277.

“[...] exatamente essa relação entre problema e solução de problema que vai viabilizar a fixação do conceito de Constituição do Constitucionalismo.”³³⁵

Não se pretende, dessa forma, a criação de uma Constituição Global ou mundial, mas sim, decisões Constitucionais que possam atingir mais de um Estado com o objetivo de garantir os Direitos do homem tão substanciais para a manutenção da dignidade da pessoa humana. Direitos estes construídos numa evolução histórica importante e necessários para o bom andamento das questões jurídicas da humanidade, que não podem retroceder em razão de interesses políticos e econômicos de pequenos grupos.

Além disso, os problemas Constitucionais residem nos processos de poder Transnacional e, ao mesmo tempo, do setor político institucionalizado nos setores privados da Sociedade mundial.³³⁶

Sabe-se também que as crises debatidas na atualidade relacionadas ao Constitucionalismo moderno passam a indicar, como responsáveis de tais conflitos, a Transnacionalização e a privatização de órgãos políticos. O declínio do Constitucionalismo moderno, que teria encontrado sua forma histórica plenamente desenvolvida nas Constituições políticas do Estado Nacional, vem reforçado pelo desgaste dos processos de integração europeia e pelo surgimento de regimes Transnacionais, por um lado, e a mudança do poder político para os atores privados, por outro.

Um contexto a ser analisado sobre os instrumentos de integração é aquele que visa especificamente as diferenças socioeconômicas de natureza endêmica, a fim de combater a exclusão social dos Migrantes na sociedade de acolhimento. Este é um caso que faz parte das políticas sociais em que a União Europeia, por exemplo, apoia e completa a ação dos Estados-Membros, com especial referência à luta contra a exclusão social.³³⁷ A nível macroeconômico, este objetivo

³³⁵ NEVES, Marcelo. **TransConstitucionalismo**. p. XXI.

³³⁶ BARCELLONA, Giuseppina; DI MARIA, Roberto. **Costituzione e Globalizzazione**. Leonforte: Euno Edizioni, 2012. p. 66.

³³⁷ CAGGIANO, Giandonato. L'Integrazione dei migrante fra soft-law e atti legislativi: competenze dell'Unione europea e politiche nazionali. In: CAGGIANO, Giandonato (Org.). **I Percorsi Giuridici per**

está presente nas políticas econômicas e de emprego, cuja ação é agora objeto da Estratégia 2020³³⁸.

Sendo assim, as formas jurídicas que substituiriam as Constituições Nacionais em áreas Transnacionais não seriam ainda evidentes. De fato, em vista das infraestruturas cronicamente deficientes de políticas Transnacionais - a ausência de demonstrações, o público, os partidos políticos e a homogeneidade cultural - são, em princípio, excluídos do processo de participação efetiva nas decisões Transnacionais.

Esta dupla crise de Constitucionalismo só pode ser confrontada com a renacionalização e repolitização, através de um novo fortalecimento das instituições Constitucionais Nacionais e Estaduais (Tribunais Constitucionais Nacionais, parlamentos, órgãos públicos).³³⁹

A crise do Estado durante o século XX evolui através da superação de estruturas tradicionais menores, com o reconhecimento da autonomia nas articulações territoriais internas, bem como, em nível mais alto, com a criação de entidades governamentais Supranacionais.³⁴⁰

Ao mesmo tempo, as políticas de desenvolvimento fiscal, econômico, ambiental e de segurança estão se tornando cada vez mais Transnacionais, levando os Estados a cederem partes de Soberania Nacional para instituições e órgãos de nível superior. Os processos de federação, quer sejam dissociativos ou associativos, acompanham a crise do Estado-Nação, representando sua expressão e, ao mesmo tempo, a resposta institucional.³⁴¹

L'Integrazione – migranti e titolari di protezione Internazionale tra diritto dell'Unione e ordenamento italiano. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014. p. 27-62. p. 29.

³³⁸ Estratégia Europa 2020: A estratégia Europa 2020 é a estratégia da UE para o crescimento e o emprego para a década em curso, colocando a tônica no crescimento inteligente, sustentável e inclusivo como forma de superar as deficiências estruturais da economia europeia, melhorar a sua competitividade e produtividade e assegurar uma economia social de mercado sustentável.

³³⁹ BARCELONA, Giuseppina; DI MARIA, Roberto. **Costituzione e Globalizzazione**. pgs. 66-67.

³⁴⁰ BALDI, Brunetta. **Stato e Territorio**: federalismo e decentramento nelle democrazie contemporanee. Roma: Laterza, 2003. pgs. 163-164.

³⁴¹ BALDI, Brunetta. **Stato e Territorio**: federalismo e decentramento nelle democrazie contemporanee. pgs. 163-164.

As preocupações surgidas com o enfoque em soluções de problemas de âmbito Supranacional forçaram os Estados a discutir e parametrizar certas regras com maior amplitude, para reunir esforços que possam alcançar aberturas de redução de conflitos, como diretrizes de regulamentação de interesses de mais de um Estado que estariam fora do alcance do Estado-Nação unitário.

No que tange ao Direito Migratório, tais regulamentações viriam reforçar a possibilidade de maior controle e segurança por parte de cada Estado envolvido nas discussões em nível Transnacional pois,

Em suma, o Estado estaria perdendo o controle sobre as suas fronteiras, tanto as externas, territoriais, quanto as internas, de cidadania, e com isso estaria perdendo parte importante de sua Soberania, uma vez que o controle das fronteiras é considerado parte fundamental da Soberania do Estado.³⁴²

Assim sendo, pode-se chegar ao entendimento de que os esforços contidos nas discussões em nível Transnacional na busca por soluções de problemas e conflitos internacionais envolvendo mais de um Estado-nação visam a concretizar normativas de interesses constitucionais comuns que abrigariam vários Estados envolvidos, com a possibilidade de criações de órgãos com competência coercitiva para impor, controlar e exigir o cumprimento das normativas impostas em nível Transnacional.

É possível observar-se na atualidade uma crescente preocupação com os problemas de dimensões em escala mundial, como a preservação dos Direitos Humanos em nível mundial, surge uma tentativa de unir e organizar procedimentos de diversos Estados com o objetivo de desenvolvimento conjunto que permita a manutenção de tais direitos fundamentais ao homem e a sua dignidade, através de regulamentações que possam ser comuns a esses Estados envolvidos.

Nesse diapasão, a Transnacionalidade é essencial para determinar os espaços comuns e regerar, de forma coerente e consensual aos membros envolvidos, uma diretriz normativa que possa amparar e determinar os critérios de utilização de

³⁴² REIS, Rossana Rocha. **Políticas de Imigração na França e nos Estados Unidos (1980-1998)**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild, 2007. p. 43.

recursos e do desenvolvimento para que seja passível de aplicação e razoável a todos.

Portanto, a proposta de criação de acordos ou de ordenamentos jurídicos com amplitude de aplicação Transnconstitucional deve ater-se, prioritariamente, a dois Institutos Jurídicos que estão intimamente ligados ao Constitucionalismo, quais sejam, o *ius cogens* e o efeito *erga omnes*.

De tal feita, uma regra *Ius Cogens* é descrita na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados³⁴³ em seu artigo 53, da seguinte forma:

[...] uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados como um todo como uma norma da qual não é permitida nenhuma derrogação e que só pode ser modificada por uma norma subsequente de direito internacional geral que tenha o mesmo caráter.

As regras *Ius Cogens* são, na verdade, um conjunto de regras, que são peremptórias por natureza e das quais nenhuma derrogação é permitida em qualquer circunstância. A doutrina do *jus cogens* internacional foi desenvolvida sob forte influência dos conceitos da lei natural, que sustentam que os Estados não podem ser absolutamente livres no estabelecimento de suas relações contratuais. Os Estados ficam obrigados a respeitar certos princípios profundamente enraizados na comunidade internacional.

Em outras palavras, *jus cogens* são regras que correspondem à norma fundamental das políticas públicas internacionais e que não podem ser alteradas a menos que uma norma subsequente do mesmo padrão seja estabelecida. Isso significa que a posição das regras do *jus cogens* é hierarquicamente superior em comparação com outras regras ordinárias de lei.

³⁴³ BRASIL. **CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE DIREITO DOS TRATADOS ENTRE ESTADOS E ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS OU ENTRE ORGANIZAÇÕES**

INTERNACIONAIS (1986). Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1427770.pdf> >. Acessado em: 15.04.2018.

O Constitucionalismo tem o potencial de reagir não apenas às tendências expansionistas do sistema político global, mas também ao expansionismo de outros sistemas sociais quando eles colocam em risco a autonomia individual ou institucional. Isso quer dizer que problemas constitucionais surgem fora dos limites do Estado-Nação na política Transnacional e, ao mesmo tempo, fora da política institucionalizada, nos setores privados da sociedade global.

Sendo assim, uma lei ou um ato legal com efeito *erga omnes* aplica-se a todos os indivíduos, pessoas ou Estados sem distinção. No direito internacional, alguns preceitos legais básicos são definidos como *erga omnes*, como a proibição da tortura, do trabalho infantil e o apoio à imunidade do Estado. De fato, no Direito Internacional o que é *jus cogens* tem efeito *erga omnes* e torna-se superior em efeito a outras regras do Direito Internacional.

5.3 POR UM CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL

Em razão das transformações pelas quais o Estado contemporâneo vem passando, sejam de ordem econômica, social, cultural ou política, e a forma como tais transformações têm atingido diversos Estados simultaneamente, muito também em razão da Globalização e da ampla difusão de informações e comunicação em nível mundial, faz-se necessário repensar os meios e as formas utilizadas até então pelo Estado na resolução dos conflitos que acabam atingindo esses Estados, ultrapassando as fronteiras estatais e exigindo posicionamentos que fogem das competências de normativas domésticas.

De tal forma, observa-se uma descentralização da jurisdição Nacional e de caráter internacional privado que vem forçando os Estados a estabelecerem diálogos que projetem normativas para além-fronteiras e que alcancem um número maior de atores a serem beneficiados além daqueles protegidos pelas normativas Nacionais de seu Estado-Nação.

Na Sociedade atual, considerada globalizada e cosmopolita, as articulações em nível Transnacional tornam-se essenciais para garantir o direito de ir e vir do indivíduo e seus direitos fundamentais, mantendo a autoridade estatal do

Estado-Nação, respeitando sua Soberania jurídica, mas permitindo a atuação de órgãos de competência Supranacionais para agir em processos de interesses transnacionais que influenciarão de forma interdependente em vários Estados com os mesmos interesses jurídicos.

El Transnacionalismo o la perspectiva Transnacional podría definirse como la ideología o la lógica que facilita el desarrollo de relaciones y de procesos y como la perspectiva teórica que analiza estos procesos. La Transnacionalización incluiría el conjunto de procesos y de prácticas que, de forma más o menos efectiva, trascienden estas fronteras y la Transnacionalidad (aún por definir sus contenidos específicos) sería el producto resultante de estos procesos.³⁴⁴

Jürgen Habermas, por sua vez, referindo-se ao Constitucionalismo internacional, acredita que, se o Estado era a solução, aqui [e agora] a solução deve vir de um Estado de Estados: o Estado internacional, ressaltando que, assim como os indivíduos sacrificaram um Estado, uma vez que sua liberdade natural se uniu para formar uma comunidade organizada pelo Estado sujeita a leis coercitivas, os Estados devem se unir sacrificando sua soberania para formar uma "comunidade cosmopolita" sujeita à autoridade superior.³⁴⁵

Pode-se, assim, até mesmo pensar na possibilidade de utilização de Espaços Transnacionais, entendidos como conjuntos de laços relativamente estáveis, duradouros e densos além e através das fronteiras dos Estados Soberanos. Eles consistem em combinações de laços, seus conteúdos, posições em redes e organizações, e redes de organizações que atravessam as fronteiras de pelo menos

³⁴⁴ IBÁÑEZ ANGULO, Mónica (2008). De la identidad nacional a la ciudadanía Transnacional:

Procesos migratorios y espacios Transnacionales. *In*: **Nuevos retos del**

Transnacionalismo en el estudio de las migraciones. Barcelona. Disponível em: <[http://docsGEDIME.](http://docsGEDIME.files.wordpress.com/2008/02/monicaibanez.pdf)

Livre tradução da autora: "O transnacionalismo ou a perspectiva transnacional pode ser definido como a ideologia ou lógica que facilita o desenvolvimento de relacionamentos e processos e como a perspectiva teórica capaz de analisar esses processos. A Transnacionalização incluiria o conjunto de processos e práticas que, mais ou menos efetivamente, transcendem estas fronteiras e a Transnacionalidade (ainda para definir seu conteúdo específico) seria o produto resultante desses processos."

files.wordpress.com/2008/02/monicaibanez.pdf>. Acessado em: 20 de julho de 2017. p.9-10.

³⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. **O Ocidente Dividido**: pequenos escritos políticos X. p. 125.

dois Estados Nacionais. Os Espaços Transnacionais diferem dos territórios estatais claramente demarcados. Não obstante, os atores em espaços Transnacionais podem incluir agentes estatais que operam em nome de um governo estadual Nacional ou de uma organização intergovernamental.³⁴⁶

Historicamente, a Migração Internacional - seja forçada ou voluntária - tem servido como um canal importante entre os países, muitas vezes mudando permanentemente suas composições populacionais, economias e até mesmo paisagens.

Conforme ressalta Elspeth Guild³⁴⁷, a Soberania, sob a forma de autoridade, está migrando para longe dos limites do Estado e, por outro lado, pode ser encontrada operando muito dentro do território de outros Estados através de regras de vistos, em alto mar e em outros lugares. O argumento político para a migração da Soberania é a segurança. No entanto, a segurança de quem e em nome de quem se torna mais opaca à medida que o exercício da autoridade se afasta da casa territorial tradicional.

Em uma economia mundial interdependente, que também está experimentando o Nacionalismo ressurgente e pobreza arraigada, a Migração Internacional torna-se, portanto, um desafio para indivíduos e governos. À medida que os debates sobre políticas de Imigração e Refugiados se intensificam em fóruns Nacionais e internacionais, uma perspectiva política geográfica pode lançar luz sobre as dimensões e tendências dos fluxos Migratórios Internacionais, importantes fatores causais e de repercussões que afetam diretamente a situação social de uma Nação.³⁴⁸

³⁴⁶ FAIST, Thomas; ÖZVEREN, Eyüp. **Transnational social spaces: agents, networks and institutions**. Ashgate: Burlington, 2004. p. 4.

³⁴⁷ GUILD, Elspeth. Fronteras en Movimiento: ¿hacia dónde va la Seguridad cuando la soberanía migra?. *In*: REMHU, Rev. Interdiscip. Mobil. Hum., Brasília, v. 25, n. 51, dez. 2017, p. 109-12. p. 126.

³⁴⁸ WOOD, William B.; DEMKO, George J. **Reordering the world: geopolitical perspectives on the twenty-first century**. 2. ed. Colorado: Westview, 1999, p. 154-170. p. 155.

Para Manlio Graziano³⁴⁹, as três principais características distintas da geografia europeia - a densa rede de montanhas e vales, o Mediterrâneo e a Costa Atlântica, e as grandes Planícies no Norte - dão uma importância geopolítica para a dialética entre suas fronteiras internas e externas do processo de integração em geral e os acordos de Schengen em particular (que proporcionam o desmantelamento paralelo das fronteiras internas e reforço comum das externas).

Mas Schengen, mesmo sendo considerada um dos pilares para dirimir fronteiras, não delimita as fronteiras da União Europeia: apenas 28 países da UE são parte dela, enquanto quatro dos seus membros (Suíça, Noruega, Islândia, Lichtenstein) não estão na União Europeia. As fronteiras da Schengen foram alteradas sete vezes desde 1995 e são, portanto, diferentes das da União Europeia, que por sua vez são diferentes das da área do Euro, por sua vez, diferentes daqueles dos 47 países do Conselho da Europa. Para não mencionar as fronteiras, ainda diferentes, dos países europeus que fazem parte da OTAN (Organização do Tratado do Atlântico Norte).

Com a redução das fronteiras, a Migração de pessoas de países pobres para países ricos, em contraste, é agora vista como uma ameaça à segurança nacional para muitos países industrializados em razão da recessão econômica porque os Migrantes pobres só trazem consigo sua força de trabalho e suas aspirações. Grande parte das repercussões contra estrangeiros na nova "Fortaleza Europeia" pode ser atribuída à percepção de que uma "inundação" de pessoas pobres (geralmente de ex-colônias) que tirará empregos dos habitantes locais. À medida que as taxas de desemprego sobem, os imigrantes se tornam alvos fáceis para os discursos xenófobos, e as políticas de imigração e asilo passam a se tornar questões locais, nacionais e até mesmo geopolíticas.³⁵⁰

A discriminação institucional e informal contribuiu claramente para a desvantagem dos Imigrantes. Na Europa Ocidental, a discriminação inerente às

³⁴⁹ GRAZIANO, Manlio. **Frontiere**. Bologna: Mulino, 2017. p. 121-122.

³⁵⁰ WOOD, William B.; DEMKO, George J. **Reordering the world: geopolitical perspectives on the twenty-first century**. p. 167.

restrições de emprego e moradia, que são características das políticas de trabalhadores convidados, canalizou os Migrantes para setores econômicos e tipos específicos de empregos.

A análise do emprego de trabalhadores estrangeiros nas indústrias automotiva e de construção civil demonstrou os efeitos desproporcionais das perdas de emprego através da reestruturação econômica desde a década de 1922. No entanto, na década de 1980, o emprego de imigrantes na França aumentou dramaticamente no crescente setor de serviços.³⁵¹

O Sistema Internacional de proteção dos Direitos Humanos, cuja origem remonta à Declaração Universal de 1948, está em constante evolução. Uma densa rede de convenções impõe aos Estados a obrigação de se abster de certos comportamentos e obrigações de prevenção e repressão desses; e confia às comissões regionais e tribunais a tarefa de interpretar estas obrigações de uma maneira dinâmica e de gerir procedimentos para garantir o seu respeito.

Desde 2006, o Conselho de Direitos Humanos da ONU vem conduzindo a supervisão política do cumprimento dos Direitos Humanos, principalmente por meio de procedimentos especiais e revisão periódica universal.

A proteção dos Direitos Humanos é, cada vez mais, parte integrante da ação de manutenção da paz das Nações Unidas, pois está entre as tarefas confiadas às principais missões da Organização no terreno. Finalmente, começando com a criação dos Tribunais para a ex-Iugoslávia e para Ruanda e a aprovação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, o sistema de proteção foi enriquecido pela reunião com a justiça criminal internacional.

Desde o início somos confrontados com dois Princípios Internacionais que devem ser reconciliados e não de forma sistemática. O primeiro é o da Soberania Nacional, o segundo é o da Proteção dos Direitos dos Migrantes. O conteúdo e as implicações do Princípio da Soberania sobre a Migração são conhecidos, assim como

³⁵¹ CASTLES, Stephen; MILLER, Mark J. **La era de la migración: movimientos internacionales de población en el mundo moderno.** Mexico: Miguel Ángel Porrúa Editor, 2004, p.240.

as suas limitações. A proliferação de textos internacionais - universais e regionais - que, de perto ou de longe, protege os direitos dos migrantes é impressionante; outra é a questão da percentagem de ratificação destes instrumentos e, acima de tudo, o grau de implementação.

Outra questão que deve ser analisada é a dos direitos e obrigações dos Estados nas suas relações entre si, quer sejam Estados de origem, trânsito ou destino do Migrante. Esta é uma área ainda não explorada sistematicamente, particularmente no que diz respeito ao dever de cooperação entre os Estados incluídos na Convenção das Nações Unidas sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e membros de suas famílias³⁵².

Da mesma forma, as obrigações dos Estados nem sempre são percebidas objetivamente ou em todas as suas dimensões: às vezes esquece-se que uma obrigação internacional deve ser cumprida de boa fé, e não ficar paralisado em sua aplicação por obstáculos técnicos ou burocráticos.

O Direito Internacional reconhece o Direito de todos saírem de um país e depois retornarem ao seu país de origem. Sendo assim, os Estados mantêm o Poder Soberano de decidir sobre os critérios de admissão e expulsão de pessoas que não são seus Nacionais, especialmente quando estão em situação irregular.

Esta prerrogativa de atos exercidos dentro dos limites de suas obrigações de respeitar os Direitos Humanos e qualquer acordo que possam ter concluído, limitando sua Soberania em face de seu território, pode ser usado como parte de um esquema de mobilidade regional.

O Princípio da Soberania e sua aplicação à Migração Internacional são claramente instrumentos internacionais fundamentais de Direitos Humanos que tratam, especificamente, da proteção dos trabalhadores migrantes e das suas

³⁵² NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias**. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Conven%C3%A7%C3%A3o-Internacional-para-a-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Direitos-Humanos-de-todos-os-Trabalhadores-Migrantes-e-Membros-de-suas-Fam%C3%ADlias.pdf>> Acessado em: 12/08/2017.

famílias, por meio da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de sua Família³⁵³, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 18 de dezembro de 1990.

O artigo 34 da Convenção estabelece que os migrantes são obrigados a cumprir as leis e regulamentos de qualquer Estado de trânsito e destino, bem como respeitar a identidade cultural dos habitantes deste Estado. A obrigação de respeitar as leis e regulamentos do Estado de emprego ou de qualquer Estado trânsito também significa abster-se de cometer atos de segurança Nacional, ordem pública ou Direitos com relação às liberdades alheias.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos aplica-se não apenas a Nacionais de um Estado, mas a todos aqueles que se enquadram na sua jurisdição, incluindo Migrantes, seja em situação regular ou irregular. Eles desfrutam de seus direitos fundamentais como todos os outros Cidadãos e, na condição de Migrantes, permanecem gozando dos mesmos Direitos Humanos e direitos do trabalho como os nacionais.

As Organizações Internacionais, assim como os Regimes Transnacionais e as redes globais não formam apenas uma ordem legalista, mas também são encontrados dentro de um processo de constitucionalização. Apesar de seu caráter fragmentário, eles se tornaram parte de uma Ordem Constitucional Global, à qual também devemos admitir que não alcançam a amplitude das Constituições Nacionais.³⁵⁴

Os estrangeiros legalmente residentes desfrutavam de um *status* legal mais seguro e de Direitos maiores do que no passado; o que permitiu que muitos estrangeiros austeros se reestruturassem. Alguns Imigrantes desenvolveram suas

³⁵³ NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias**. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Conven%C3%A7%C3%A3o-Internacional-para-a-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Direitos-Humanos-de-todos-os-Trabalhadores-Migrantes-e-Membros-de-suas-Fam%C3%ADias.pdf>> Acessado em: 12/08/2017.

³⁵⁴ TEUBNER, Gunther. *Costituzionalismo della Società Transnazionale*. In: **Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti**. Rivista N°: 4/2013. p. 1-12. p. 3. Disponível em: <http://www.rivistaaic.it/> <Acessado em 31/07/2018>

próprias estratégias para lidar com as desvantagens do mercado de trabalho. A sindicalização de funcionários estrangeiros na Europa Ocidental e movimentos como os vistos na indústria automobilística francesa significavam formas de adaptação, assim como a proliferação de empresários imigrantes.³⁵⁵

O enfraquecimento das instituições estatais e identidades Nacionais por esses processos, que são ainda mais dramaticamente destacados pelos conflitos internos no mundo em desenvolvimento, resulta em um vácuo ideológico. Isso proporciona uma oportunidade para as tradições religiosas, ou suas reinvenções, se aglutinarem em núcleos de identidades culturais, projetos de unidades Transnacionais e lealdades.³⁵⁶

Regulamentar a mobilidade dos Migrantes e Refugiados implica a coexistência de critérios muito diferentes. Em primeiro lugar, é necessário distinguir, e não é fácil, entre aqueles que estão fugindo por causa de uma "perseguição" daqueles que, em vez disso, buscam apenas condições de vida minimamente decentes.

E o que significa ser "perseguido"? Onde deveria ser traçada a fronteira entre "práticas nocivas", que, não obstante, constitui uma grande parte do que chamamos de política, e o exercício voluntário de uma malevolência extraordinária em relação a algumas pessoas ou grupos específicos? Quão severa e sistemática deve ser essa malevolência para ativar uma obrigação de recepção nos países receptores? São problemas complicados com os quais os Estados-Nações tiveram que lidar nos últimos anos.³⁵⁷

O processo Migratório coloca os sujeitos migrantes em situação de vulnerabilidade na sociedade alvo devido a várias circunstâncias. De um lado, pelo

³⁵⁵ CASTLES, Stephen; MILLER, Mark J. **La era de la migración: movimientos internacionales de población en el mundo moderno.** p. 241.

³⁵⁶ MINKENBERG, Michael. **Religious Effects on the Shaping of Immigration Policy in Western Democracies.** abr. 2004. Disponível em:

<<http://www.essex.ac.uk/ecpr/events/jointsession/paperarchive/uppsala/ws16/minkenberg.pdf>>

Acesso em: 14 dez. 2016.

³⁵⁷ SCIORTINO, Giuseppe. **Rebus Immigrazione.** Bologna: Il Mulino, 2017. p. 16.

simples fato de estar longe de sua comunidade e cultura de origem, num contexto estranho, e também a situação de Imigração legal precária em que muitos migrantes acabam se envolvendo ao aderir ao mercado de trabalho informal caracterizada por baixos salários, condições de trabalho pobres - muitas vezes determinado pela exploração e condições que se assemelham à escravidão do trabalho.

Essa impossibilidade de definir as práticas culturais da fronteira como puramente resistentes ou autônomas demonstra o caráter relacional da cultura popular em relação à cultura dominante, o que impossibilita a análise isolada do fenômeno. A tensão que tentamos descobrir entre resistência ou reprodução é característica dos estudos culturais.

Segundo Gunther Teubner³⁵⁸, para os supostos processos de Constitucionalização além do Estado, não haveria substrato social adequado para constituir um objeto apropriado para tais Constituições. As regras dos regimes Transnacionais só teriam funções reguladoras, mas não genuinamente Constitucionais. Eles não conseguiram alcançar esse jogo de alternância, observável na política, grupos de formação da opinião pública e processos decisórios vinculativos.

Além disso, o conceito de Constituição Transnacional estaria limitado a meras hierarquias de normas legais, sem, contudo, ser capaz de ancorar estes últimos a processos políticos democraticamente organizados. Todos estes, em uma inspeção mais próxima, não são objeções dogmático-jurídicas no sentido estrito, mas sim dados sociológicos no contexto de argumentos do Direito Constitucional.

A Supremacia de uma Constituição depende de fatores extraConstitucionais, tais como os que derivam de contextos histórico-culturais, e precisamente da cultura política, das práticas políticas e sociais estabelecidas, das personagens do tecido social, das estruturas econômicas, das tradições culturais e raízes religiosas. Pois, *“Assumendo una prospettiva comparatistica ampia, appare*

³⁵⁸ TEUBNER, Gunther. *Costituzionalismo della Società Transnazionale*. In: **Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti**. p. 2.

evidente che non tutte le costituzioni posseggono eguale forza normativa, eguale raggio di regolazione e di effettivo valore."³⁵⁹

O papel da Constitucionalização acaba, portanto, afetando *o jus cogens*, as regras com validade *erga omnes* e os direitos fundamentais - que de fato mostram qualidades Constitucionais como manifestações de valores universais – pois prescindem do elemento do consenso do Estado e expressam sua força obrigatória. Tais normas Constitucionais genuínas surgem no processo de transformação do Direito Internacional de um mero acordo contratual de Estados Soberanos para um sistema legal independente, que cria sua base na ordem pública Transnacional com regras de natureza Constitucional.³⁶⁰

Impulsionado pela Globalização e suas complexidades relacionadas, o Constitucionalismo se desenvolveu além de seu confinamento tradicional, ou seja, no âmbito do Estado-Nação. Atualmente, o Constitucionalismo atua não apenas internamente dos Estados-Nação, mas também além. Talvez ainda mais importante, seja a observação de que ele atende funções institucionais e dialéticas em ambos níveis: doméstico e Transnacional.

A primeira característica do Constitucionalismo Transnacional é que as Constituições estão agora sendo desenvolvidas para além dos Estados-Nação. Estas Constituições Transnacionais ou regimes quase constitucionais, conforme Jiunn-Rong Yeh e Wen-Chen Chang³⁶¹, são desenvolvidos como resultado de promulgações Constitucionais através das fronteiras nacionais ou através de um processo de "Constitucionalização" dos Regimes Internacionais.

³⁵⁹ RIDOLA, Paolo. Il Costituzionalismo e lo Stato Costituzionale. *In: Rivista Nomos*. p. 13. Livre tradução da autora: "Assumindo uma perspectiva comparativa ampla, parece evidente que nem todas as constituições têm igual força normativa, igual faixa de regulação e de valor efetivo."

³⁶⁰ TEUBNER, Gunther. Costituzionalismo della Società Transnazionale. *In: Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*. p. 4.

³⁶¹ YEH, Jiunn-Rong; CHANG, Wen-Chen. The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions. **Penn State International Law Review**: Vol. 27: No. 1, Article 4. Disponível em: <http://elibrary.law.psu.edu/psilr/vol27/iss1/4>. p. 91.

Além disso, Jiunn-Rong Yeh e Wen-Chen Chang³⁶² apresentam outras características que consideram essenciais na análise do Constitucionalismo Transnacional. Uma característica do Constitucionalismo Transnacional é a abundância de diálogo judicial Transnacional e suas referências, que ocorrem por meio de conversas triplas. A primeira é a referência judicial doméstica a normas internacionais, incluindo decisões de tribunais internacionais. A segunda é a referência judicial doméstica às leis estrangeiras de outros Estados Nacionais, incluindo decisões de tribunais estrangeiros. E a terceira é a referência feita por tribunais internacionais a outros regimes internacionais ou decisões de outros tribunais internacionais.

A terceira característica do Constitucionalismo Transnacional está relacionada com o triunfo do Constitucionalismo no final do século passado, destacando-se que dois terços da população mundial vivem agora sob condições constitucionais democráticas.

Um dos exemplos mais importantes, no que diz respeito à promulgação de normas Constitucionais com amplitude Transnacional, através das fronteiras nacionais, é o Tratado Constitucional da União Europeia.

Apesar de ser uma organização Supranacional, a União Europeia lançou seu processo de criação Constitucional, mas falhou mais tarde durante o processo de ratificação.

O Tratado de Estabelecimento de uma Constituição para a Europa (Tratado Constitucional), apesar da sua ambiguidade terminológica, foi trabalhado cuidadosamente em um processo mais parecido com o da assinatura de um Tratado. Foi redigido em uma convenção, passado por uma conferência intergovernamental em Roma, e que deve ser ratificada por estados-membros, onde os referendos populares podem ser chamados. Além disso, esperava-se que funcionasse como uma

³⁶² YEH, Jiunn-Rong; CHANG, Wen-Chen. The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions. p. 92-95.

Constituição: construindo Cidadania, facilitando a Democracia, proporcionando governança e protegendo os direitos fundamentais na União Europeia.

Além disso, um número recorde de nações, na última década, redigiu ou reescreveu suas Constituições de acordo com princípios Constitucionais modernos. Como resultado, a maioria das Nações estariam com Constituições em direções semelhantes.

Além de arranjos tradicionais, como uma declaração de direitos, e separação de poderes, novas instituições particularmente responsáveis estariam também protegendo os princípios constitucionais bem como Instituições Jurídicas, como Tribunais Constitucionais e Direitos Humanos, características comuns das novas Constituições.

Como resultado, na medida em que a adjudicação Constitucional está em causa, a convergência global das constituições deu origem a um conjunto de linguagens constitucionais. Constituições podem servir como plataformas sobre as quais atores nacionais, particularmente juízes, podem interagir com um outro.

A autodeterminação nacional torna-se parte do discurso da Governança Global mas não apenas empiricamente, em termos de dimensão de eficácia, mas também normativamente, a qual vem sendo cada vez mais negado. A igualdade interna dos parceiros legais internacionais perante as normas jurídicas requeridas nesse nível, conduz a soberania para uma esfera que não possui controle internacional.

No entanto, é a abordagem da Governança Global que coloca em foco a difícil questão da futura relação entre os governos Nacionais. A Soberania e os Direitos Humanos universais são duas categorias de grande relevância que devem estar à frente das discussões e busca de soluções para as crises internacionais que afetam diversas Nações mundiais, como é o caso das Migrações Transnacionais. Somente a criação de regras e critérios institucionalizados, seguindo procedimentos e princípios legais que respeitem tanto a Soberania Estatal (embora fragmentada) quando Direitos Humanos é que poderão atingir de forma ampla e possivelmente

adequada, a regras de segurança jurídica que possam atingir as Nações de todo o planeta.

A função dialética do Constitucionalismo Transnacional serve ao público como bem e como atores privados. Por exemplo, uma linguagem Constitucional comum pode ajudar os empreendedores Transnacionais a negociarem seus contratos em termos cujos entendimentos apresentem cláusulas igualitárias.

As Constituições foram projetadas para enquadrar o uso de poder público, bem como a organização e funções dos principais órgãos governamentais. Através dessa estipulação, o Constitucionalismo expressa a ideia de que o poder do governo deve ser limitado por meios legais. Pode-se ainda incluir, a partir de tais limitações, uma noção “liberal” de Constitucionalismo, segundo a qual os poderes públicos são essencialmente limitados para garantir liberdades primárias do indivíduo.

Conforme observado, as características do Constitucionalismo Transnacional não funcionam separadamente. Em vez disso, eles reforçam uma base complexa de formas de resolução de conflitos em âmbito internacional, por meio do consenso normativo Transnacional.

Entende-se, assim, que o Direito Internacional e o Direito Constitucional tendem a projetar um aparato conceitual - o do Constitucionalismo em seu sentido tradicional - em uma esfera para a qual não foi projetado e, de qualquer forma, precisaria ser adaptado. Essa esfera seria denominada, então, de Transconstitucionalismo.

No capítulo a seguir, procurou-se evidenciar os aspectos do Constitucionalismo e das Migrações Transnacionais, valendo-se do exemplo da União Europeia como modelo de efetivação de normas regulamentadoras para o Direito de Migração do Refugiado em âmbito Transnacional. A partir dessa análise, pesquisou-se sobre a possibilidade de criação de Órgão Jurisdicional Transnacional para os Direitos de Migração e Refugiados.

Capítulo 6

CONSTITUCIONALISMO E MIGRAÇÕES TRANSNACIONAIS

6.1 EFETIVAÇÃO DE NORMAS REGULAMENTADORAS PARA O DIREITO DE MIGRAÇÃO DO REFUGIADO EM ÂMBITO TRANSNACIONAL: O EXEMPLO DA UNIÃO EUROPEIA

Os Estados, como principais sujeitos do Direito Internacional, valem-se do Direito de Soberania como ideia de utilização desse Poder Soberano para tomada de decisões em nível internacional, como forma de proteger seus domínios e fronteiras em relação a poderes soberanos que se igualem a ele. Considerando que um Estado, de acordo com o princípio da jurisdição territorial, incontestável no direito internacional, é o único competente para exercer jurisdição sobre o seu território, população e patrimônio. Este é o único competente para decidir sobre as condições de entrada e de estada daqueles que não são seus Nacionais de acordo com a legislação estadual atual e proceder a uma expulsão subsequente, se necessário.

Analisando o aspecto das Migrações Internacionais, pode-se entender que a proteção dos Refugiados irá mudar de acordo com as circunstâncias, tanto no país de origem do requerente de asilo como no país de acolhimento. O contexto político, legal, social e cultural determina os meios utilizados para proporcionar-lhes a proteção garantida pelas convenções internacionais.

Há dois aspectos, do ponto de vista do indivíduo, o Refugiado é um estrangeiro particularmente desprotegido que tem garantias individuais limitadas. Do ponto de vista dos Estados receptores, a presença de Refugiados cria conflitos e internacionaliza os problemas das violações dos direitos humanos. Era necessário, portanto, criar o direito de regulamentar essa situação e tornar a proteção um ato humanitário e pacífico. Os direitos protegidos são vida, integridade física e liberdade.

Existem duas categorias principais de pessoas: os deslocados internos e os deslocados externamente. Nos dois casos, referimo-nos a vítimas deslocadas de violência política. A dramática situação dos deslocados internos constitui um novo desafio para o ACNUR e para a comunidade internacional.

Segundo Maria Chiara Locchi, em alguns casos, a lei prevê a frequência obrigatória, nos departamentos competentes, dos estrangeiros considerados particularmente necessitados de apoio, tendo em vista a integração. O aumento da integração cívica do estrangeiro, na verdade, levanta muitas dúvidas e perplexidades, especialmente quando previsto como uma condição para obter o status de residente regular no território. A este respeito, é impossível não registrar a função de controle e a limitação da Imigração econômica e/ou por motivos familiares, que deslocam o eixo das políticas de integração de uma abordagem baseada em direitos e participação para um enfoque restritivo centrado em sanções por descumprimento de obrigações de integração. A integração torna-se então uma espécie de "filtro" para estrangeiros que aspiram a entrar na Europa.³⁶³

Uma pessoa é um Refugiado assim que os critérios contidos na definição forem cumpridos. Isso ocorre necessariamente antes que o *status* de refugiado seja oficialmente determinado. O reconhecimento do *status* de Refugiado é, portanto, de natureza declaratória, isto é, indica o fato de que a pessoa é um Refugiado. Uma pessoa não se torna refugiada por causa do reconhecimento, mas é reconhecida como tal porque é um Refugiado. O reconhecimento é declarativo, não é constitutivo.

As disposições da Convenção de 1951 que definem quem é considerado Refugiado são constituídas por cláusulas de inclusão que definem os critérios que uma pessoa deve cumprir para ser reconhecida como refugiada. Essas cláusulas formam a base positiva sobre a qual a determinação do status de refugiado será feita. Além disso, possuem também cláusulas de cessação e exclusão que têm um caráter negativo, as primeiras indicam as condições sob as quais um refugiado deixa de ser um refugiado. As cláusulas de exclusão estabelecem as circunstâncias em que uma pessoa é excluída do estatuto de refugiada, embora os critérios positivos das cláusulas de inclusão tenham sido cumpridos.

Para a definição do termo Refugiado pela Convenção de 1951³⁶⁴, usaremos a parte central do seu artigo 1º que estabelece que o termo refugiado aplica-

³⁶³ LOCCHI, Maria Chiara. **I Diritti degli Stranieri**. Roma: Carocci editore, 2015. p. 178.

³⁶⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)**. Disponível em <

se a qualquer pessoa que, devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertença a um determinado grupo social ou opinião política, está fora do país de sua nacionalidade e não possa ou, em virtude desses medos, não querem se beneficiar da proteção de tal país [...].

A Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados e seu Protocolo de 1967 são a representação legal moderna da antiga tradição universal de conceder asilo àqueles que estão em perigo e em risco. Ambos os instrumentos refletem um valor humano fundamental sobre o qual existe um consenso global e são os primeiros e únicos instrumentos de classe mundial que regulam especificamente o tratamento dado àqueles que são forçados a deixar suas casas por causa de uma ruptura com o seu país de origem.

O crescimento da migração irregular, incluindo tráfico de seres humanos, representa um desafio adicional. Esses fenômenos são parcialmente uma consequência da Globalização, que facilitou e fortaleceu as redes de transporte e comunicação.

Em parte, o aumento da Migração irregular também pode ser visto como resultado das políticas restritivas de Migração aplicadas por muitos Estados industrializados, que obrigam aos Refugiados e Migrantes econômicos o uso de canais irregulares, com vistas a uma vida melhor ou, principalmente, uma vida livre de perseguição. Os requisitos em matéria de vistos de permanência, sanções aplicáveis aos transportadores, acordos de readmissão, destacamento de oficiais de migração no exterior e outras medidas similares são todas ferramentas de controle migratório que exigem salvaguardas e medidas de proteção para que os Refugiados encontrem segurança.³⁶⁵

Embora as necessidades humanitárias de Refugiados e outras pessoas em necessidade de proteção internacional subsistam, existem novos desafios e

http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf >. Acessado em 13.04.2018.

³⁶⁵ TÜRK, Erika Feller Volker; NICHOLSON, Frances (Org.). **Protección de los Refugiados en el Derecho Internacional**. Barcelona: Icaria Editorial, 2010. p. 3-5.

oportunidades. Por um lado, devemos reconhecer a existência de novos agentes de perseguição e novas situações que geram deslocamento forçado. Da mesma forma, é necessário enfatizar que o contexto continental no qual a proteção internacional é fornecida também mudou.

Perseguição, violações massivas dos direitos humanos e da lei humanitária internacional, conflitos internos, intolerância e xenofobia com a migração internacional, o desemprego, a exclusão social, marginalização, criminalidade organizada Transnacional, tráfico de droga, tornaram-se crescentes preocupações de segurança.

Enquanto os Estados buscam áreas práticas para a convergência de seus interesses Soberanos, particularmente em questões como migração, segurança e estabilidade regionais e luta contra o terrorismo, a proteção dos Refugiados baseia-se no compromisso e nas obrigações internacionais dos Estados.

No contexto contemporâneo, vale lembrar que o Princípio da não Repulsão também se aplica à extradição. Inicialmente, a Convenção de 1951 não impede a extradição de Refugiados reconhecidos para países terceiros ou sua acusação, desde que esses países respeitem o status de Refugiado do indivíduo, conforme estabelecido no artigo 32(2).³⁶⁶

O nº 2 do artigo 33 reconhece que os Refugiados que apresentam esse grau de perigo poderão ser expulsos de acordo com uma falha alcançada no processo legal. Nessas situações, o perigo para o país de asilo deve ser severo. Deve haver também um elo racional entre a expulsão de Refugiados e a erradicação do perigo, o retorno deve ser o último recurso possível para eliminar esse perigo, e o perigo para o país de asilo deve prevalecer sobre o risco de que o refugiado apresente perigo após seu retorno.

Em tais casos, são aplicáveis salvaguardas processuais previstas no artigo 32, incluindo a obrigação dos Estados de permitir ao refugiado um período de

³⁶⁶ TÜRK, Erika Feller Volker; NICHOLSON, Frances (Org.). **Protección de los Refugiados en el Derecho Internacional**. p. 12.

tempo razoável para obter admissão em outro país. Em vista dessas salvaguardas, também é inapropriado usar essa exceção ao princípio de não voltar a ignorar ou pular os procedimentos usuais de extradição.³⁶⁷

Por todas estas razões, a detenção de requerentes de asilo e Refugiados constitui uma medida excepcional aplicável apenas em casos individuais, se a autoridade competente para tal ato determinou que é necessário, à luz das comprovadas circunstâncias. Tal determinação deve basear-se em critérios estabelecidos pela lei de conformidade com o direito internacional dos Refugiados e dos Direitos Humanos.

Portanto, não deve ser aplicado ilegal ou arbitrariamente, mas apenas quando necessário pelas razões expostas na Conclusão nº 44 do Comitê Executivo, por exemplo, para proteger a segurança nacional ou a ordem pública (se houver risco real de vazamento, por exemplo).³⁶⁸

A presença de refugiados no território de um Estado implica a necessidade de proteção. Não se pode imaginar que poderia ser de outra forma. A Proteção de Refugiados é, em primeiro lugar, competência do Estado, pois cabe ao Estado proteger todos aqueles que se encontram em seu território. Esta proteção é exercida de acordo com a lei interna, mas também de acordo com os tratados os quais o Estado ratificou. A proteção do Estado é, portanto, nacional e internacional.

O processo de integração europeia diz respeito à cultura jurídica que reflete suas normativas e decisões em todos os Estados-Membros, procurando uma abertura no sistema político e propondo uma redução da exclusividade da ordem jurídica soberana estatal.

O dualismo jurídico existente entre o direito interno e o direito internacional tenta unir suas forças procedimentais e normativas para a integração de

³⁶⁷ TÜRK, Erika Feller Volker; NICHOLSON, Frances (Org.). **Protección de los Refugiados en el Derecho Internacional.** p. 13.

³⁶⁸ TÜRK, Erika Feller Volker; NICHOLSON, Frances (Org.). **Protección de los Refugiados en el Derecho Internacional.** p. 16.

um único sistema (monismo) que possa atender em nível Transnacional³⁶⁹ os requerimentos suscitados dos estados-membros participantes e apoiadores de jurisdições de Tribunais que atuam em nível Transnacional. Para Fausto Vecchio: “*L'argomento dell'uniformità ha certamente rappresentato uno dei motori del processo di integrazione e ha presto un valore materialmente costituzionalie.*”³⁷⁰

Partindo da ideia de que a interpretação do termo e a noção de integração devem ter em conta os objetivos e contextos jurídicos específicos de referência, Giandonato Caggiano³⁷¹ esclarece que primeiro significado é o da integração *lato sensu*, que é identificada com o propósito geral da lei do direito de imigração legal e proteção internacional³⁷², na medida em que visa promover e facilitar a inclusão na sociedade de acolhimento.

³⁶⁹ Disputas transfronteiriças e disputas transnacionais são expressões empregadas de maneira incansável no campo da justiça civil, no qual as partes são, geralmente, ligadas a temas privados. As duas palavras "transfronteiriça" e "transnacional" têm o mesmo significado, com diferentes nuances linguísticas. O termo "fronteira" refere-se às fronteiras territoriais e políticas de um Estado. A definição tradicional de litígios transfronteiriços (ou transnacionais) é dada pelo ângulo visual desta fronteira. Assim, é transfronteiriça (ou transnacional) a disputa que tem um ou mais elementos de contato com países estrangeiros, ou seja, com um espaço externo comparado ao sistema estatal: por exemplo, cidadania, domicílio ou residência de uma das partes, objeto do julgamento, os meios de prova ou a lei substantiva aplicável. Sem dúvida, o fato de os elementos da disputa entrarem em contato com uma pluralidade de espaços territoriais e políticos, frequentemente distantes uns dos outros, é um dos aspectos problemáticos dessa questão. No entanto, o termo "nação" é mais abrangente. Indica um grupo de pessoas que compartilham história, cultura, idioma e território. Invoca quase todos os elementos que contribuem para formar uma certa tradição jurídica e, mais especificamente, um certo pensamento processual. O termo controvérsia transnacional é, portanto, preferível, uma vez que resume em si as duas causas fundamentais dos problemas nesta matéria. Em primeiro lugar, tais disputas surgem entre as partes e são tratadas por advogados que vivem em diferentes ambientes culturais. Em segundo lugar, eles têm elementos colocados em uma pluralidade de espaços territoriais e políticos. O risco de mal-entendidos linguísticos e culturais é muito alto, assim como os custos de tempo e dinheiro envolvidos na gestão da disputa. As definições aqui apontadas são de autoria de: CAPONI, Remo. *Controversie Transnazionali ed Elementi di Giusto Processo*. In: **Relazione generale al XIV Convegno Mondiale dell'Associazione Internazionale di Diritto Processuale**. Heidelberg, 26-30 luglio 2011.p.1-130. p. 78-79.

³⁷⁰ VECCHIO, Fausto. **Primazia del Diritto Europeo e Salvaguardia delle Identità Costituzionali: effetti asimetrici dell'uropeizzazione dei controlimiti**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012. p. 5. Livre tradução da autora: “A questão da uniformidade certamente representou um dos motores do processo de integração e logo tem um valor materialmente constitucional.”

³⁷¹ CAGGIANO, Giandonato. *L'Integrazione dei migrante fra soft-law e atti legislativi: competenze dell'Unione europea e politiche nazionali*. In: CAGGIANO, Giandonato (Org.). **I Percorsi Giuridici per L'Integrazione** – migranti e titolari di protezione Internazionale tra diritto dell'Unione e ordenamento italiano. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014. p. 27-62. p.28.

³⁷² Com respeito à Proteção Internacional, o art. 78 do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE certifica que: “Artigo 78 - 1. A União desenvolve uma política comum em matéria de asilo, de proteção subsidiária e de proteção temporária, destinada a conceder um estatuto

A este respeito, as bases jurídicas do Tratado estabelecem as competências concorrentes da União e dos Estados-Membros, tanto para a imigração legal como para a proteção internacional. Daqui resulta que os atos jurídicos subsidiários adotados nesta matéria são motivados pelo objetivo da integração a ser alcançada através do reconhecimento do status específico. Este último corresponde à obrigação de os Estados-Membros fornecerem "tratamento equitativo", que é tratado como uma tendência de "tratamento igual", sujeito à admissibilidade mais ou menos pontuais.³⁷³

Outro significado é de integração *stricto sensu*, fornecido pelas "cláusulas de integração" contidas em alguns atos do direito derivados da imigração legal e da proteção internacional. Estas cláusulas preveem a possibilidade de

adequado a qualquer nacional de um país terceiro que necessite de proteção internacional e a garantir a observância do princípio da não repulsão. Esta política deve estar em conformidade com a Convenção de Genebra, de 28 de julho de 1951, e o Protocolo, de 31 de janeiro de 1967, relativos ao Estatuto dos Refugiados, e com os outros tratados pertinentes. 2. Para efeitos do n.o 1, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adotam as medidas relativas a um sistema europeu comum de asilo que inclua:

- a) Um estatuto uniforme de asilo para os nacionais de países terceiros, válido em toda a União;
- b) Um estatuto uniforme de proteção subsidiária para os nacionais de países terceiros que, sem obterem o asilo europeu, careçam de proteção internacional;" Fonte: UNIÃO EUROPEIA. **Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT>. Acessado em 15.08.2017.

³⁷³ Sobre o Tratamento Iguatário e as condições de entrada e residência de imigrantes, estabelece o art. 79 do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia - TFUE: "Art. 79 - 1. A União desenvolve uma política comum de imigração destinada a garantir, em todas as fases, uma gestão eficaz dos fluxos migratórios, um tratamento equitativo dos nacionais de países terceiros que residam legalmente nos Estados-Membros, bem como a prevenção da imigração ilegal e do tráfico de seres humanos e o reforço do combate a estes fenômenos.

2. Para efeitos do n.o 1, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adotam medidas nos seguintes domínios:

- a) Condições de entrada e de residência, bem como normas relativas à emissão, pelos Estados-Membros, de vistos e de títulos de residência de longa duração, inclusive para efeitos de reagrupamento familiar;
- b) Definição dos direitos dos nacionais de países terceiros que residam legalmente num Estado-Membro, incluindo as condições que regem a liberdade de circulação e de permanência nos outros Estados-Membros";.Fonte: **Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT>

introduzir em nível nacional o que é definido como "medidas" ou "condições" dirigida a migrantes e beneficiários de proteção internacional.

Ambos os termos, conforme Giandonato Caggiano³⁷⁴, referem-se aos requisitos de admissão e residência do migrante, mas também devido às traduções linguísticas desiguais utilizadas nos atos da União, não é possível identificar uma distinção entre obrigações de desempenho (medidas) e obrigações médias (condições).

Artigo 288º - TUE (ex-artigo 249º TCE) - Para exercerem as competências da União, as instituições adotam regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres. O regulamento tem carácter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros. A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes. As recomendações e os pareceres não são vinculativos.

O Regulamento equivale a uma lei comunitária, razão pela qual deve ser observado na sua integralidade pelos Órgãos Supranacionais, por todos os Estados-membros da Comunidade e também pelos respectivos cidadãos. Esse modelo de norma possui aplicação direta e imediata sem a necessidade de qualquer ato interno, pois sua interpretação e aplicação subsidia-se no direito comunitário, sobre o qual entende-se que: “[...] tem sido pacífica a ideia de que a prevalência do direito comunitário sobre os direitos nacionais só vale dentro dos limites das transferências de soberania outorgadas pelos estados-membros através de tratados internacionais.”³⁷⁵

Mas, ainda que algumas espécies normativas dependam de um ato interno (ou ato de transposição, segundo terminologia utilizada pela doutrina e

³⁷⁴ CAGGIANO, Giandonato. L'Integrazione dei migrante fra soft-law e atti legislativi: competenze dell'Unione europea e politiche nazionali. In: CAGGIANO, Giandonato (Org.). **I Percorsi Giuridici per L'Integrazione** – migranti e titolari di protezione Internazionale tra diritto dell'Unione e ordenamento italiano. p. 29.

³⁷⁵ NUNES, A.J. AVELÃS. **A Constituição Europeia** - A Constitucionalização do Neoliberalismo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 20.

jurisprudência), devemos ter em mente que o Tratado da União Europeia consagrou diversos princípios, dentre eles, o do Primado do Direito Comunitário, fundamental para a realização do processo de integração, segundo esse princípio o Direito Comunitário prevalece sobre o Direito interno.³⁷⁶

É oportuno lembrar que, de acordo com o Tratado de Lisboa, a delimitação das competências da União Europeia rege-se pelo Princípio da Atribuição, segundo o qual a União atua dentro dos limites das competências atribuídas pelos Estados-Membros para atingir os objetivos consagrados no Tratado, valendo-se do Princípio da Atribuição das Competências, consagrado no artigo 5º do Tratado da União Europeia.

O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia trouxe uma definição mais específica das competências da União Europeia e dos Estados. O referido artigo visa proteger o respeito pelo Princípio da Subsidiariedade. Assim, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se/e enquanto os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros. Sendo assim, as competências que não tenham sido atribuídas à União nos Tratados serão de competência dos Estados-Membros.

A Corte de Justiça da União Europeia, em face das habilidades móveis da Comunidade e do caráter dinâmico e evolutivo do processo de integração europeia, trabalha em um movimento muito complexo e difícil para a construção de hierarquias

³⁷⁶ O Tratado da União Europeia, em seu Artigo 4º, prevê que: 1. Nos termos do artigo 5º, as competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros. 2. A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respectiva identidade nacional, refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional. A União respeita as funções essenciais do Estado, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, a manter a ordem pública e a salvaguardar a segurança nacional. Em especial, a segurança nacional continua a ser de exclusiva responsabilidade de cada Estado-Membro. 3. Em virtude do princípio da cooperação leal, a União e os Estados-Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados. Os Estados-Membros tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos atos das instituições da União. Os Estados-Membros facilitam à União o cumprimento da sua missão e abstêm-se de qualquer medida suscetível de pôr em perigo a realização dos objetivos da União. Fonte: UNIÃO EUROPEIA. **Tratado da União Europeia**. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/eu_citizenship/consolidated-treaties_pt.pdf> Acessado em 30.03.2018.

reguladoras estáveis, sendo que as mudanças significativas seriam necessárias tanto a nível doutrinal, como nas normativas e decisões reguladoras para os Estados-membros.

Para a construção desse processo de integração, percebe-se que são considerados dois princípios nos quais se fundamenta a leitura Constitucional da Integração: a autonomia do ordenamento Supranacional e a direta aplicabilidade da norma comunitária.³⁷⁷ Segundo Itzcovith, pode-se notar uma mudança no modo de observar e pensar o direito:

[...] un passaggio dalla dogmatica giuridica al neocostituzionalismo; un passaggio dalla teoria dell'ordinamento giuridico al bilanciamento fra principi costituzionali; un passaggio dall'autonomia del diritto comunitario al dialogo costituzionale sulla protezione dei principi fondamentali.³⁷⁸

Para o Direito Constitucional, na concepção de Gunther Teubner³⁷⁹, a tarefa de estruturar as Constituições internas dos Regimes Transnacionais está se aproximando de tal forma que fica difícil responder ao dilema da competência, que consiste no fato de que as instâncias externas, em particular as áreas espontâneas dos sistemas funcionais, os tribunais e a política estatal levam a um alto nível de motivação para uma autolimitação de sistemas funcionais focados no interesse de seus ambientes.

No entanto, alega Gunther Teubner, não tem o conhecimento, a competência operacional e a força de implementação para realizar concretamente tais mudanças. Estas competências são muito desenvolvidas em Regimes

³⁷⁷ VECCHIO, Fausto. **Primazia del Diritto Europeo e Salvaguardia delle Identità Costituzionali: effetti asimetrici dell'europeizzazione dei controlimiti.** p. 6.

³⁷⁸ ITZCOVICH, Giulio. **Teorie e ideologie del diritto comunitario.** Torino: Giappichelli. 2006. p. 15. Livre tradução da autora: “[...] passagem da dogmática jurídica ao neoconstitucionalismo; uma mudança da teoria do sistema legal para o equilíbrio dos princípios constitucionais; uma mudança da autonomia do direito comunitário para o diálogo constitucional sobre a proteção dos princípios fundamentais.”

³⁷⁹ TEUBNER, Gunther. *Costituzionalismo della Società Transnazionale.* In: **Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti.** p. 9.

Transnacionais, mas dados os interesses específicos pela autopreservação Estatal, são quase totalmente desprovidas de motivação para a autolimitação.

A atuação da Corte de Justiça da União Europeia seria a limitação para a elaboração de uma posição dogmática sobre a relação entre a lei estadual e o direito comunitário. Tal limitação da Soberania do Estado reúne, segundo a Corte, uma revisão na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. A politização do debate, entendida como o enfraquecimento do discurso jurídico, é vista como um resultado necessário, dado o conflito entre a autonomia do direito comunitário e a Soberania do direito estatal.

O Tratado de Schengen completa o acordo e define as condições e as garantias de criação de um espaço sem controle das fronteiras internas dos países participantes do Tratado. Recebeu essa denominação com referência a Schengen, localidade de Luxemburgo que fica às margens do Rio Mosela, próxima à tríplice fronteira entre Alemanha, França e Luxemburgo, onde em junho de 1985 foi assinado o acordo de livre circulação envolvendo cinco países, visando suprimir gradualmente os controles efetuados nas fronteiras internas e instaurando um regime de livre circulação para todos os nacionais dos países signatários. Formam o espaço Schengen 22 dos 28 países da UE e mais 04 países que não são membros da UE: Islândia, Listenstaine, Noruega e Suíça.

Para aderir ao Acordo de Schengen, os países candidatos devem aceitar integralmente as normas pactuadas no referido Acordo, já que seu objetivo é tratar dos controles fronteiriços que serão suprimidos entre estes Estados, por decisão unânime do Conselho, logo após uma avaliação realizada por peritos da Comissão e dos países da União Europeia, determinando que estão em vigor todas as medidas de acompanhamento que permitem a retirada dos controles internos de fronteiras.

As regras jurídicas do espaço Schengen foram posteriormente modificadas pelo Tratado de Lisboa, firmado em 13 de dezembro de 2007, intensificando a percepção de um "espaço de liberdade, segurança e justiça", que vai além da cooperação policial e judiciária e busca implementar políticas comuns relacionadas à concessão de vistos, asilo e imigração, por meio do direito comunitário.

O papel Constitucional da aspiração à aplicação uniforme dos novos direitos reconhecidos pelo direito comunitário, segundo Fausto Vecchio³⁸⁰, é ainda mais evidente, com particular referência à doutrina da sua primazia. De fato, é para garantir a uniformidade dos novos direitos Supranacionais que os juízes europeus afirmam um conceito de superioridade de acordo com o qual as regras diretamente aplicáveis se aplicam ao direito interno e não cumprem quaisquer limitações.

Sendo assim, o novo cenário Constitucional, dentro do qual a proteção dos direitos fundamentais, exige reconsiderar sob uma luz diferente cânones de garantias não desconhecidas do estado de direito da derivação liberal, como o Princípio da Proporcionalidade ou a Proibição de Atos Arbitrários.³⁸¹

Quanto ao primeiro, porque é o escrutínio da relação entre os meios e o propósito, não se situando mais na relação entre o poder soberano e a liberdade individual, mas transcende-a, abrindo-se à consideração das relações entre as diferentes áreas da sociedade civil e a colisão entre os Direitos dos indivíduos. Quanto à Proibição de Arbitrariedade, porque, mais uma vez, deslocando o padrão de antagonismo entre atos de império e sujeitos privados, carregado com um conteúdo positivo, dirigido à realização das orientações Constitucionais subjacentes.³⁸²

Desse ponto de vista, deve notar-se que, direta ou indiretamente, a Corte de Justiça da União Europeia refere-se à necessidade de aplicar direitos europeus uniformemente novos, tanto quando afirma e expande progressivamente o princípio da prevalência do direito comunitário, tanto no momento em que afirma a irrelevância dos princípios fundamentais do direito nacional, mesmo quando se trata de competência exclusiva para se pronunciar sobre as regras de conflito entre os julgamentos e impõe ao juiz a imediação das disposições conflitantes.

³⁸⁰ VECCHIO, Fausto. **Primazia del Diritto Europeo e Salvaguardia delle Identità Costituzionali: effetti asimetrici dell'europizzazione dei controlimiti.** p. 18.

³⁸¹ RIDOLA, Paolo. Il Costituzionalismo e lo Stato Costituzionale. *In: Rivista Nomos.* N. 3. Novembre/2017. p. 1-16. p. 5.

³⁸² RIDOLA, Paolo. Il Costituzionalismo e lo Stato Costituzionale. p. 5.

A integração do estado cosmopolita é expressa em todos os níveis da vida internacional através do uso de cada um dos instrumentos disponíveis para atingir esse objetivo, sejam estes de natureza jurídica, econômica ou política. Assim, o Estado continua a ser o protagonista de todas as ambições globais e não globais da vida e das relações internacionais.³⁸³ Trata-se, portanto, de uma mudança de ações e políticas do Estado em nível local e global visando atingir as normativas e diretrizes que estabelecerão as novas regras e garantias de direitos aos seus indivíduos.

A contradição entre o cosmopolitismo e a Nação não pode ser resolvida no nível da especulação teórica porque tem suas raízes na própria natureza da burguesia que celebrou seu triunfo no século XVIII; uma burguesia que sempre oscila entre cosmopolitismo e nacionalismo ou, em termos modernos, entre globalismo e soberanismo, ou intermediários econômicos, entre liberalismo e dirigismo (até protecionismo).³⁸⁴

Uma Constituição, segundo Gunther Teubner³⁸⁵, estabelece uma autoridade jurídica original, isto é, um sistema jurídico autônomo, que por sua vez é uma estrutura de um processo social (e não só, como no caso das constituições dos Estados Nacionais, um processo político) e dele é legitimado. As regras de um regime Transnacional devem ser capazes de se manter como normas constitucionais.

A mobilidade e as práticas Transnacionais dos Migrantes, suas identidades sociais e políticas e seus entendimentos e práticas de cidadania não são, obviamente, homogêneos.

As contribuições para esta questão temática são muito atentas a como a diversidade e as diferenças entre migrantes, por gênero, classe, status de residência, raça, lugar e família permeiam a mobilidade Transnacional, os laços e os entendimentos e práticas de cidadania dos migrantes para complicar os argumentos

³⁸³ VERDECCHIA, Anna Lisa. **Lo Stato Partner-cosmopolitico**: origine e regimi normativi di partnership e human rights. Salerno: Bruno Libri, 2011. p. 250.

³⁸⁴ GRAZIANO, Manlio. **Frontiere**. Bologna: Mulino, 2017. p. 50.

³⁸⁵ TEUBNER, Gunther. Costituzionalismo della Società Transnazionale. In: **Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti**. p. 7.

sobre o Transnacionalismo migrante e desafiar o homogeneização dos imigrantes no discurso público e político.

6.2 ÓRGÃOS JURISDICIONAIS TRANSNACIONAIS

Anteriormente ao Tratado de Lisboa, a Imigração na Europa era uma "política comum" (visando à criação de um sistema integrado de gestão das fronteiras externas e à criação de um regime comum de asilo e à gestão da imigração ilegal). O Pacto Europeu sobre Imigração e Asilo, que foi aprovado em 2008, acelerou a implementação de uma política de controle da Imigração ilegal e repressiva a nível comunitário.

Já o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, em seu Título V, destina-se a dimensionar o espaço de liberdade, segurança e justiça da União Europeia. Objetiva a criação e estipulação para a livre circulação de pessoas, observadas conjuntamente, as medidas relativas aos controles das fronteiras externas, ao asilo, à imigração e à prevenção e ao combate da criminalidade.

De tal forma, a evolução do Tratado de Lisboa, que passou a vigorar em 1 de dezembro de 2009, introduziu a decisão cooperada e a votação por maioria qualificada para a Migração legal, bem como uma nova base jurídica visando à promoção de medidas de integração.

O reconhecimento do direito das pessoas a circular livremente entre os Estados-Membros e a sua residência foi constituído desde a origem das Comunidades Europeias, um dos objetivos prioritários do processo de integração.

No entanto, Adelina Adinolfi³⁸⁶ adverte que o Tratado da Comunidade Económica Europeia (CEE), no seu texto de 1957, celebrou a liberdade de circulação de pessoas como uma das quatro liberdades do mercado comum³⁸⁷ à época. De todo modo, essa liberdade só foi reconhecida gradualmente. A eliminação dos controles

³⁸⁶ ADINOLFI, Adelina. La Libertà di Circolazione dele Persone e la Politica dell'Immigrazione. *In*: STROZZI, Girolamo (Org.). **Diritto dell'Unione Europea** – parte speciale. Torino: G. Giappichelli Editore, 2015. p. 64-166. 531 p.

³⁸⁷ As quatro liberdades seriam: liberdade de movimento de produtos e mercadorias; liberdade de movimentos de serviços; liberdade de movimento de pessoas; liberdade de movimento de capital.

nas fronteiras entre os Estados-Membros demonstrou, de fato, dificuldades consideráveis, incluindo a necessidade de acompanhar as medidas de harmonização, fortalecendo o processo de integração, assim como a luta contra a imigração ilegal e contra a criminalidade.

Na atualidade, dentre os diversos tipos de imigrantes internacionais, uma classe que mais preocupa os governos são os pertencentes aos grupos de Refugiados que, por motivos diversos, vêm solicitar abrigo aos países mais desenvolvidos. A Europa vem percebendo um grande aumento no número de Refugiados que vêm solicitar asilo nos países Europeus e que têm como “porta de acesso”, principalmente, a Itália, Grécia e Espanha.

Para podermos trazer uma definição para o tipo de Migrante ora em análise, apresentamos a designação de Refugiado que, segundo a Agência da ONU para Refugiados (ACNUR), através de Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, em seu art. 1º, considerará Refugiado aquela pessoa que:

[...] temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.³⁸⁸

O asilo para o Refugiado é considerado um direito fundamental e a sua concessão acaba por tornar-se uma obrigação internacional. Na União Europeia, os Estados partilham os mesmos preceitos fundamentais e precisam realizar um tratamento de interpelação conjunta que visa assegurar procedimentos adequados na proteção aos Refugiados, valendo-se da observância das áreas de fronteiras abertas na qual existe a liberdade de circulação.

³⁸⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.** Disponível em: <
http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf >. Acessado em 13.04.2018.

As práticas realizadas devem buscar métodos justos e eficazes, simultaneamente, em toda a União Europeia e livres de abusos. A partir dessa abordagem, os Estados da União Europeia comprometeram-se a criar um Sistema Europeu Comum de Asilo.

Um importante documento que afetou a relação entre os estados-membros da União Europeia sobre o recebimento de Refugiados é o Tratado de Nice³⁸⁹, que foi assinado em 26 de fevereiro de 2001 e entrou em vigor em 1 de fevereiro de 2003, que traz, em seus objetivos, a ampliação para o acolhimento de novos Estados-Membros, dentre os países candidatos que estivessem prontos para a adesão. Esperava-se, com isto, que o peso político dos países de população com menor número pudesse registrar um aumento considerável. De tal forma, o Tratado de Nice tencionava transformar as instituições da União Europeia mais eficientes e legítimas.

As principais alterações trazidas pelo tratado incidiam sobre: a limitação do tamanho e composição da Comissão Europeia, a extensão de votação por maioria qualificada a um maior número de matérias e uma nova ponderação dos votos no Conselho Europeu. O Tratado de Nice prevê ainda que, nos 5 anos subsequentes à sua entrada em vigor, o Conselho deve adotar medidas em alguns setores, nomeadamente critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pelo exame de um pedido de asilo apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro³⁹⁰, bem como um determinado número

³⁸⁹ Parlamento Europeu. Tratado de Nice. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuld=FTU_1.1.4.html> Acesso em 28.10.2017

³⁹⁰ A noção de nacional de “país terceiro” nas normas vinculadas à União Europeia coincide com a de estrangeiro referido na Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 1990. De acordo com o art. 1º da referida Convenção, é de fato estrangeiro “quem não seja nacional de um Estado-membro das Comunidades Europeias”, portanto, também apátridas. Prevê o referido artigo: “art. 1º - Logo após a entrada em vigor do presente acordo e até a supressão total de todos os controles, as formalidades nas fronteiras comuns entre os Estados da União Económica Benelux, a República Federal da Alemanha e a República Francesa efetuar-se-ão, **relativamente aos nacionais dos Estados-Membros** das Comunidades Europeias, de acordo com as condições a seguir fixadas.” [grifo nosso] Fonte: UNIÃO EUROPEIA. **Acervo de Schengen** - Convenção de aplicação do Acordo de Schengen, de 14 de Junho de 1985, entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa relativo à supressão gradual dos controles nas fronteiras comuns. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:JOL_2000_239_R_0001_01&from=PT>. Acessado em: 22.09.2017.

de normas mínimas (acolhimento dos requerentes de asilo, estatuto dos Refugiados e procedimentos).

Além de tais alterações, através do Tratado de Nice, acrescentou-se um novo número ao artigo 7.º do Tratado da União Europeia (TUE) para resguardar casos em que não tenha efetivamente ocorrido uma violação evidente de direitos fundamentais, mas em que haja um “risco manifesto” de que tal possa acontecer. O Conselho, deliberando por maioria qualificada de quatro quintos dos seus membros, e depois de obter o parecer favorável do Parlamento, determina a existência do risco e dirige as recomendações apropriadas ao Estado-Membro em questão.³⁹¹

Talvez a maior dificuldade para os países receptores de imigrantes, especialmente de Refugiados, encontra-se estabelecido no artigo 13 do Regulamento de Dublin, que determina:

[...] que o requerente de asilo atravessou ilegalmente a fronteira de um Estado-Membro por via terrestre, marítima ou aérea e que entrou nesse Estado-Membro a partir de um país terceiro, esse Estado-Membro é responsável pela análise do pedido de proteção internacional. Essa responsabilidade cessa 12 meses após a data em que teve lugar a passagem ilegal da fronteira.

O Regulamento de Dublin vem reforçar a proteção dos requerentes de asilo durante o processo que determinará qual Estado-membro ficará responsável pelo processo, já que, segundo o Regulamento, o Estado-membro responsável, seria o Estado pelo qual o Refugiado ingressou na União Europeia. Isto está acarretando uma sobrecarga de pronunciamentos jurídicos sobre os pedidos de refúgios aos três Estados (Itália, Espanha e Grécia), que, em razão de sua posição geográfica próxima à costa oceânica dos imigrantes africanos, têm recebido um grande número de imigrantes e, dentre esses imigrantes, um percentual considerável de Refugiados.

Conforme o estabelecido no artigo 68.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), o Conselho Europeu estabeleceu o programa chamado de “orientações estratégicas da programação legislativa e

³⁹¹ Parlamento Europeu. **Tratado de Nice**. Disponível em

< http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuld=FTU_1.1.4.html > Acessado em 28.10.2017

operacional no espaço de liberdade, segurança e justiça” (2014/2020), que são diretrizes para estabelecer a melhor utilização da Migração legal, a proteção dos que dela necessitam, a luta contra a Migração irregular e a gestão eficaz das fronteiras.

O direito de asilo é garantido de acordo com as regras da Convenção de Genebra de 28 de junho de 1951 e do Protocolo de 31 de janeiro relativo ao Estatuto dos Refugiados e aos Tratados da União Europeia e ao Tratado sobre o Funcionamento da União, sendo que a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia³⁹² (respeita as convenções internacionais citadas em seu art. 18) enuncia, em seu art. 19, o princípio do *non-refoulement*³⁹³, que estabelece que “Ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito à pena de morte, à tortura ou a outros tratos ou penas desumanas ou degradantes.”³⁹⁴

O Continente Europeu, diante do medo de uma erosão do Direito de Asilo, resolveu criar novas formas de proteção contra tratamentos desumanos³⁹⁵ ou degradantes infligidos aos desarraigados. Assim, nos últimos anos, foi desenvolvido, nos termos do artigo 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, uma

³⁹² CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

(2000/C 364/01), de 18.12.2000. Disponível em www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf <acessado em 21.10.2017>

³⁹³ Os instrumentos internacionais e regionais de direitos humanos proíbem a devolução de não cidadãos a um país em que haja motivos substanciais para acreditar que correm um risco real de incorrer em tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis, desumana ou degradante, conforme o artigo 3º - §1 da Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes de 1984, que contém uma disposição explícita sancionando este princípio: “Artigo 3º - §1. Nenhum Estado Membro procederá à expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa para outro Estado, quando houver razões substanciais para crer que a mesma corre perigo de ali ser submetida à tortura.” O princípio da não repulsão é geralmente reconhecido como uma norma do direito internacional consuetudinário. Fonte: Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comitê-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvTortTratPenCruDesDegr.html> > Acessado em: 23.04.2018.

³⁹⁴ CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

(2000/C 364/01), de 18.12.2000. Disponível em www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf <acessado em 21.10.2017>

³⁹⁵ De maneira peremptória, Mireille Delmas-Marty manifesta o repúdio à tortura e aos tratamentos desumanos: “[...], a proibição da tortura e dos tratamentos desumanos ou degradantes é, em todas as convenções [...], um texto “irrevogável” (que deve ser respeitado em qualquer circunstância que seja (mesmo em caso de guerra ou de luta contra o terrorismo) e sem margem de apreciação.”. Fonte: DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um Direito Comum**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 140.

jurisprudência que amplia mais proteção ampla contra o *non-refoulement* que a própria Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados.

Ressaltou-se, a este respeito, que tal jurisprudência interpretou incondicionalmente o artigo 3º da Convenção Europeia, estendendo ampla proteção àqueles ameaçados de expulsão, deportação ou extradição, e elevando a Não Repulsão não apenas a um princípio do Direito Internacional dos Refugiados, mas também norma categórica do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O artigo 3.º da Convenção Europeia (proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante) tem sido amplamente utilizado pelos petionários junto aos Tribunais competentes para impedir a repulsão. Da mesma forma, o artigo 13 da mesma Convenção (direito a um recurso efetivo) é invocado para refugiados ou requerentes de asilo, como forma de proteção dos refugiados, amparando-se nos direitos humanos como forma de proteção.

Como o referido artigo 3 da Convenção Europeia é formulado em termos absolutos ou incondicionais, estende a proteção contra o *refoulement*, evitando assim os riscos de maus-tratos. Esta proteção tem sido construída em casos relacionados à expulsão, extradição e deportação. Assim, a disposição do Artigo 3º foi fundamental para a construção de entendimentos jurisdicionais de proteção ao Refugiado. Por sua vez, o artigo 5º da Convenção foi interpretado como uma garantia contra a arbitrariedade da detenção dos que pedem asilo.³⁹⁶

Além das normativas expostas, na busca da consolidação da integração e ações comunitárias relativas ao Direito de Imigração, a União Europeia estabeleceu acuradas Diretivas especificamente voltadas para o Direito do Refugiado, objetivando estabelecer os critérios da imigração nos Estados-membros e as formas de recepção desse imigrante no Estado receptor. Exemplificativamente, apresentamos algumas

³⁹⁶ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Aproximaciones y convergencias revisitadas: diez años de interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados, y el derecho internacional humanitario (De Cartagena/1 984 a San José/1 994 y México/2004). In: DURANGO, Andrea (Cord.). **La Protección Internacional de Refugiados en las Américas**. Quito: Mantis, 2011. p. 229-310. p. 239.

das Diretivas do Ministério de Migração e Assuntos Internos da Comissão Europeia³⁹⁷ relacionadas aos direitos dos Refugiados.

Diretiva 2013/33/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional. Diretiva 2013/32/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativa a procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional. Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, estabelece normas relativas às condições a preencher pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem se beneficiar de proteção internacional, a um estatuto uniforme para Refugiados ou pessoas elegíveis para proteção subsidiária e ao conteúdo da proteção concedida.

Existe, ainda, o Regulamento (UE) n.º 439/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de maio de 2010, que cria um Gabinete Europeu de Apoio em matéria de Asilo, além da Diretiva 2001/55/CE do Conselho, de 20 de Julho de 2001, relativa a normas mínimas em matéria de concessão de proteção temporária no caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas e a medidas tendentes a assegurar uma repartição equilibrada do esforço assumido pelos Estados-Membros ao acolherem essas pessoas e suportarem as consequências decorrentes desse acolhimento.

Depois do espetacular fluxo inicial de Migrantes e requerentes de asilo, a rota dos Bálcãs ficou progressivamente inacessível através da construção de muros físicos e "normativos" com evidentes violações dos direitos humanos. Embora o apoio financeiro suplementar por meio do mecanismo em favor dos Refugiados na Turquia para ajudar os refugiados e as comunidades de acolhimento na Turquia tenha sido sustentada pela Declaração da União Europeia-Turquia (18 de março de 2016), meio milhão de sírios que cruzaram as fronteiras dos Bálcãs, no entanto, alcançaram

³⁹⁷ Diretivas do Ministério de Migração e Assuntos Internos da Comissão Europeia (Migration and Home Affairs) disponíveis em: <https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/asylum_en>

proteção internacional em um dos 28 países da União em 2016³⁹⁸ (a maioria na Alemanha).

Neste último período, muitos Estados-Membros alteraram a sua legislação nacional de forma restritiva. A mais emblemática das recentes mudanças legislativas nos países da Europa Oriental é a adotada na Hungria, que prevê uma política de repulsão, exigindo que a polícia "escolte em uma área fora da cerca da fronteira" todos os Migrantes, que ficaram ao longo da fronteira sérvio-húngara ou croata-húngara.

A Comissão, na sua notificação para o cumprimento da decisão unilateral, considerou que a legislação húngara em vigor apresenta aspectos de incompatibilidade com o direito da União Europeia. A gestão dos fluxos migratórios ameaça o futuro da União e provoca uma forte contraposição entre os países de primeira entrada (Itália e Grécia) e o bloco anti-imigração constituído pela Polónia, República Checa, Eslováquia, Hungria³⁹⁹ (Grupo Visegrad) e Áustria.

De fato, os Tribunais de Luxemburgo e de Estrasburgo continuam a ter oportunidades frequentes para regressar às questões críticas do sistema de Dublin e começam a lidar com a natureza e as consequências da Declaração da União Europeia-Turquia de 18 de março de 2016.

No que diz respeito aos procedimentos de asilo, o acesso efetivo a esses procedimentos não seria garantido porque a lei limita a possibilidade de requerer proteção internacional a zonas especiais de trânsito de fronteira (sob abrigo sistemático e permanente dos requerentes de asilo, mesmo aqueles com menos de 14 anos de idade) sem o respeito de garantias especiais para pessoas vulneráveis e

³⁹⁸ UNIÃO EUROPEIA. Declaração União Europeia-Turquia, 18 de março de 2016. Disponível em <<http://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>> Acessado em 30.10.2017.

³⁹⁹ Ver: PARLAMENTO EUROPEU. **Resolução do Parlamento Europeu, de 17 de maio de 2017, sobre a situação na Hungria (2017/2656(RSP))**. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0216+0+DOC+XML+V0//PT>>. Acessado em 30.10.2017.

com prazos reduzidos para apelar de decisões que violam o direito a um recurso efetivo.⁴⁰⁰

Na percepção de Giandonato Caggiano⁴⁰¹, a transferência de competências para a União Europeia através de agências *ad hoc* sobre o assunto inspira a reforma da Frontex (Guarda Costeira e de Fronteiras) e a implementação em curso da Agência Europeia para o Asilo (EASO).

Em ambas as reformas são previstas medidas de execução para a intervenção em situações de crise, mesmo na ausência de um pedido do Estado-Membro em causa que ainda tem o dever de cooperar, através da Agência, com a União. Se, nos casos de pressão desproporcional sobre os sistemas de asilo ou recepção, um Estado-Membro não pede a assistência técnica e operacional à Agência (do Estado-Membro), a Comissão pode adotar uma decisão por ato de execução, em que indica uma ou mais medidas a serem implementadas pela Agência para apoiar o Estado-Membro em causa.

O quadro das atividades da EASO e da Agência de Guarda de Fronteiras na gestão da crise ainda está fragmentado e não pode ser explorado aqui. No entanto, vale a pena destacar dois aspectos que afetam o âmbito específico de implementação das duas decisões de recolocação de 2015 e que podem ser úteis no início da reforma do CEAS.

A primeira diz respeito à ferramenta de correspondência gerida pela EASO (agora também na Grécia), o que facilita a identificação dos candidatos elegíveis para a realocação num dado Estado-Membro. É um excelente exemplo de como a União pode adotar uma política de maior respeito pelas aspirações dos

⁴⁰⁰ CAGGIANO, Giandonato. Are You Syrious? Il diritto europeo delle migrazioni dopo la fine dell'emergenza alla frontiera orientale dell'Unione. *In: Rivista giuridica on line Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*. Napoli: Tribunale di Nocera Inferiore, n° 3, del 3 marzo 2017. p. 7-25. p. 8-10.

⁴⁰¹ CAGGIANO, Giandonato. Are You Syrious? Il diritto europeo delle migrazioni dopo la fine dell'emergenza alla frontiera orientale dell'Unione. *In: Rivista giuridica on line Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*. p. 11.

refugiados, devidamente considerando as necessidades dos Estados-Membros para realocação (para o benefício das perspectivas da integração).

Este mecanismo tem em conta os diferentes critérios (qualificações e características dos candidatos, prioridades para os candidatos vulneráveis, capacidade do Estado-Membro para receber pessoas vulneráveis, preferências, prazos). A segunda diz respeito às dificuldades dos Estados de primeira entrada em permitir conversações de segurança em seu território pelos estados de realocação potencial antes de tomarem suas decisões de tomar conta dos refugiados. Embora esta dificuldade manifeste o clima de baixa confiança mútua entre os Estados-Membros, especialmente no setor de informações, a Easo pode contribuir para a solução dos atrasos resultantes, realizando entrevistas para identificar possíveis motivos de exclusão do requerente, a pedido do Estado-Membro de realocação.⁴⁰²

É preciso considerar que todas essas políticas e normativas relacionadas ao imigrante aparentam uma excessiva cautela de preservação territorial do Estado em relação àqueles que pretendem ingressar e fazer parte, ainda que temporariamente, de seu espaço nesse Estado.

No entanto, talvez, o objetivo maior possa ser estabelecer critérios que possam trazer benefícios a imigrantes e a Estados receptores, para ampliar a organização relacionada aos aspectos econômicos e sociais dos movimentos migratórios da atualidade. Conforme esclarece Maria Chiara Locchi, o enquadramento jurídico para a imigração na Europa é o resultado da adoção de uma série de fontes jurídicas nacionais, comunitárias e internacionais, pois

La considerazione del formante "legislativo" - al quale occorre qui ricondurre non solo le fonti propriamente legislative, ma anche tutti quegli atti normativi sub-legislativi con i quali i governi dei paesi europei regolamentano l'ingresso, il soggiorno e lo status degli stranieri immigranti nel territorio - risulta evidentemente imprescindibile per

⁴⁰² CAGGIANO, Giandonato. Are You Syrious? Il diritto europeo delle migrazioni dopo la fine dell'emergenza alla frontiera orientale dell'Unione. In: **Rivista giuridica on line Freedom, Security & Justice: European Legal Studies**. p. 24-25.

un'effettiva comprensione della fisionomia giuridica dello "straniero" negli ordinamenti europei contemporanei; [...] ⁴⁰³ [destaques do autor]

De todo modo, pode-se ainda pensar na possibilidade do fortalecimento de legislações com força Constitucional para amparar os direitos do imigrante mesmo que este não seja considerado cidadão em determinado Estado. A garantia de normativas internas estatais estaria trazendo maior estabilidade ao Imigrante em questão, mas não se deve olvidar que traria, também, maior preocupação econômica para o Estado receptor, já que ele estaria abrigando um novo membro, e são milhares de membros a ingressar mensalmente em alguns países.

Estes novos ingressos acarretam uma gama de esforços políticos e econômicos que não deveriam sobrecarregar apenas um Estado-nação, mas poderia ser compartilhado pelos demais membros da mesma comunidade Transnacional.

6.3 A POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE ÓRGÃO JURISDICIONAL TRANSNACIONAL PARA OS DIREITOS DE MIGRAÇÃO E REFUGIADOS

A União Europeia pode ser considerada como projeto bem-sucedido de regionalismo político no mundo. É possível perceber que esse complexo institucional admite modelos avançados de Democracia e de Estado de Direito desenvolvidos no decorrer das últimas décadas, inicialmente com objetivos econômicos, que acabaram por desenvolver um amplo sistema jurídico. A preocupação com a manutenção da estrutura jurídica e social da EU requer algumas condições a serem observadas pelos seus Estados-membros, pois ⁴⁰⁴,

[...] candidatar-se a membro pleno de direito exige mais do que compartilhar um espaço geográfico, mas a observância de uma série de quesitos, em especial dos valores, prioridades, interesses e objetivos que regem a União Europeia (UE). Desde o Tratado

⁴⁰³ LOCCHI, Maria Chiara. **I Diritti degli Stranieri**. Roma: Carocci editore, 2015. p. 107. Livre tradução da autora: A consideração do "legislativo" formativo - a que nos referimos aqui, não apenas as fontes propriamente legislativas, mas também todos os atos normativos sublegislativos com os quais os governos dos países europeus regulam a entrada, permanência e status de imigrantes no território - é evidentemente essencial para uma efetiva compreensão da fisionomia jurídica do "estrangeiro" nos sistemas jurídicos europeus contemporâneos.

⁴⁰⁴ SILVA, Wanise Cabral; AMARAL, Nemo de Andrade. **A Imigração na Europa: a ação política da União Europeia para as migrações extracomunitárias**. In: Sequência (Florianópolis), n. 66, p. 235-259, jul. 2013. p. 236.

Constitutivo da Comunidade Europeia até a sua reforma — o Tratado da União Europeia e o Tratado de Funcionamento da União Europeia de 2010 —, foram muitos os avanços no processo de integração: traçou-se a união aduaneira, desenvolveram-se instituições políticas próprias, estabeleceu-se a moeda única, adotou-se um modelo de cidadania, desenvolveu-se uma política exterior e de segurança comum.⁴⁰⁵

Este processo de integração abrange um contexto Constitucional mais amplo em termos de direitos humanos, com relação à doutrina de direitos estatutários individuais e garantias de não discriminação juntamente com uma perspectiva contextual sobre fatores que influenciam a reorientação das políticas de integração. Para Edgar Morin⁴⁰⁶

Em um mundo doravante multipolar, devemos nos esforçar por dar consistência à Europa, propiciando-lhe unidade, autonomia e vontade política. Isso lhe permitiria agir, visando à compreensão humana e à paz, sobre todos os grandes problemas do século. Tal continente deveria, então, por um lado, elaborar uma política comum de inserção dos imigrantes e, por outro, intervir contra a radicalização dos conflitos geradores de barbárie por toda parte onde eles se desencadeiam ou se prolongam, [...]

É evidente que o processo de Globalização apresenta níveis de dificuldade sociais que atingem não somente o Ocidente (e como se está falando de Globalização e aspectos mundiais, não se pode dividir o mundo em duas partes interdependentes), mas principalmente o Oriente, que (muitas vezes) carece de políticas e normas protetivas do ser humano e de uma Democracia participativa, por questões que vão de ordem econômica a influências religiosas que impõem um retrocesso a questões relativas à tutela da dignidade da pessoa humana e ao respeito aos direitos humanos⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ SILVA, Wanise Cabral; AMARAL, Nemo de Andrade. **A Imigração na Europa: a ação política da União Europeia para as migrações extracomunitárias**. p. 236.

⁴⁰⁶ MORIN, Edgar; HESSEL, Stéphane. **O Caminho da Esperança**. Trad. Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2012. p. 14.

⁴⁰⁷ Para Guido Fernando Silva Soares: “Embora os direitos humanos, por sua própria natureza, não possam comportar uma distinção entre indivíduos nacionais e estrangeiros, foram, nos primórdios da história de seu desenvolvimento, na forma de normas do “jus scriptum direitos expressos num sistema jurídico nacional fechado, dentro do qual seria possível comportar uma discriminação entre os nacionais e os estrangeiros. Mas, na medida em que a pessoa humana tem seus direitos definidos em normas internacionais, que desbordamos limites dos ordenamentos jurídicos nacionais, aquela

Em razão de todas essas questões e, principalmente do acesso a informações trazidas pela rede de comunicação mundial, que permite conhecer e perceber, ainda que a distância, um mundo no qual alguns direitos fundamentais são respeitados, diferentemente do que algumas regiões da África e do Oriente Médio estão acostumadas a vivenciar, que as migrações ocorridas fortemente nas últimas décadas têm se expandido nessa direção Oriente-Occidente.

É importante, sem dúvida nenhuma, discutir como os Estados mais desenvolvidos poderão receber esses migrantes e estabelecer regras de permanência dessas pessoas que almejam conquistar uma nova vida, com mais dignidade. Essa discussão deve abranger os aspectos sociais, mas principalmente critérios econômicos e normas jurídicas para atingir todas essas perspectivas.

No entanto, o recebimento de migrantes pelo Estado receptor, ainda que amparados pelas decisões da Corte de Justiça da União Europeia e por políticas de Migração nacional estipuladas por cada Estado-membro, como é o caso da União Europeia, não consegue alcançar todas as dificuldades e problemas encontrados por esses migrantes no que tange ao desenvolvimento de trabalho digno, oferecido pelo país receptor, como aspectos de desrespeito e de atitudes xenófobas que enfraquecem as relações sociais em determinado grupo.

Nessa composição de pluralidade de ordens jurídicas para um mundo de problemas Constitucionais comuns, é possível identificar no método Transconstitucional como o modelo mais adequado para a evolução de uma simples situação fragmentada para uma caracterização muito mais construtiva entre ordens jurídicas, para além de métodos lineares definitivos (internacionais, Supranacionais, Transnacionais ou, até mesmo, jurídico-antropológicos locais).⁴⁰⁸

discriminação perde sua razão de ser e, bem ao contrário, torna-se odiosa. À medida que os direitos humanos são definidos em relação a qualquer indivíduo, onde quer que se encontre, no tempo e no espaço, e que são direitos exigíveis de qualquer Estado, fazer discriminação em razão de origem nacional, passa a ser a negação da universalidade da pessoa humana.” SILVA SOARES, Guido Fernando. Os Direitos Humanos e a Proteção dos Estrangeiros. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. p. 407.

⁴⁰⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 276.

Não se pode impor sobre os Estados mais desenvolvidos a responsabilidade integral de responder jurídica, social e economicamente sobre o acolhimento de pessoas imigrantes. Torna-se necessário um debate aprofundado sobre a possibilidade de criação de órgãos jurídicos Transnacionais com capacidade coatora para impor sanções àqueles Estados e seus governos que não estão respeitando a dignidade do homem em seu estado de origem, com amplo poder de decisão.

A definição tradicional de Controvérsia Transnacional para Remo Caponi⁴⁰⁹ é considerada simples, mas já revela uma pluralidade de aspectos críticos. Em primeiro lugar, indica o problema: identificar os limites do exercício do poder jurisdicional do sistema estatal em relação a outras jurisdições. Em segundo lugar, revela o critério para resolvê-lo: os elementos de contato e extrínsecos da disputa são medidos em relação ao território do Estado no qual a jurisdição é exercida. Em terceiro lugar, revela o papel central desempenhado pela Soberania do Estado. Jurisdição é um aspecto da Soberania do Estado.

Uma vez que este último é exercido em um determinado território, a jurisdição encontra seus próprios limites nas fronteiras do estado. A globalização das relações sociais e econômicas certamente produz controvérsias, já que é difícil levar imediatamente a essa dimensão tradicional, como as que surgem na Internet ou nos mercados globais. De maneira mais geral, os sistemas jurídicos nacionais enfrentam dificuldades para regular eficientemente as relações Transnacionais. A disciplina destes últimos tende a mover-se do Estado para o nível internacional. Para tanto, é necessário considerar as influências dos fenômenos da mundialização e da internacionalização, como alerta José Flávio Sombra Saraiva⁴¹⁰:

É necessário considerar os fenômenos da mundialização e da internacionalização como etapas prévias da evolução do capitalismo rumo à globalização. Esta corresponde à soma de fluxos transnacionais que percebemos afetar o cotidiano das pessoas e que

⁴⁰⁹ CAPONI, Remo. Controversie Transnazionali dd Elementi di Giusto Processo. *In: Relazione Generale al XIV Convegno Mondiale dell'Associazione Internazionale di Diritto Processuale*. p.80.

⁴¹⁰ SARAIVA, José Flávio Sombra (Org.). **História das Relações Internacionais Contemporâneas: a sociedade internacional do século XIX à era da globalização**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 324.

levam à crise do Estado-nação, cujo universalismo e cuja soberania já são questionados. Atores não agem necessariamente contra o Estado, mas exigem mudanças de sua conduta tanto em termos de políticas internas quanto externas. Exigem que o Estado considere a comunidade internacional, uma vez que a interdependência e os problemas globais são responsabilidade de todos.

Assim, a Transnacionalização terá como objetivo ampliar as perspectivas jurídicas de atuação dos atores internacionais, para atender ao maior número possível de pessoas que percebam que seus direitos fundamentais (e aqui teremos que apelar ao direito natural na ausência de um Estado Constitucional de Direito) estão sendo reduzidos ou inobservados, prioritariamente, neste caso, na delimitação de direitos migratórios, coincidindo com a possibilidade de normatização sobre o cidadão cosmopolita.

Como preconiza Habermas⁴¹¹

Um ordem mundial e uma ordem econômica global mais pacífica e mais justa não podem ser concebidas sem instituições internacionais capazes de agir, nem sem processos de conciliação entre os regimes continentais ora emergentes, nem tampouco sem políticas que provavelmente só poderão se impor sob a pressão de uma sociedade civil capaz de transitar em esfera global.

O quadro oferecido pela doutrina Constitucional e jurisprudência em relação aos direitos dos estrangeiros em alguns sistemas jurídicos europeus é extremamente variado e complexo; é possível, no entanto, apontar uma tendência prevaiente destinada a superar a informação literal das constituições - que geralmente reconhecem direitos e liberdades "dualisticamente" fundamentais para "homens" e "cidadãos" - em vista da inclusão de estrangeiros dentro do global sistema Constitucional de direitos e liberdades.⁴¹²

Estabelecer critérios que possam garantir a nacionalidade ao estrangeiro é garantir direitos, é permitir uma participação mais inclusiva na Sociedade Civil para

⁴¹¹ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 145.

⁴¹² LOCCHI, Maria Chiara. *I Diritti degli Stranieri*. Roma: Carocci editore, 2015. p. 103.

demonstrar seus interesses de melhoria dessa Sociedade, não somente baseados em desejos particulares, mas em perspectivas solidárias baseadas na coirmandade.

Isso porque o processo democrático legitimado pode, quando necessário, “produzir um cultura política comum diante de uma composição cultural modificada da população”.⁴¹³ Portanto, “[...] falta à cultura política da sociedade mundial a dimensão ético-política comum que seria necessária para uma tal construção de uma comunidade e de identidade globais”⁴¹⁴.

Já existe, em caráter Supranacional, como exemplo para reforçar as exposições propostas, o Tribunal Penal Internacional (TPI), que é um tribunal permanente, criado pelo Estatuto de Roma em 1998 e independente do sistema das Nações Unidas⁴¹⁵, para julgar crimes de uma tal gravidade que possam constituir uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade.

O Estatuto de Roma distingue os conceitos de Jurisdição e refere-se aos parâmetros legais, ou critérios positivos de jurisdição e de admissibilidade, prevendo os critérios negativos que excluem a aceitação da jurisdição. Para respeitar a Soberania dos países, devem ser implementadas nas legislações nacionais dos Estados-parte as regras necessárias à cooperação com o Tribunal e à persecução penal dos delitos previstos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional (ETPI), de forma

⁴¹³ HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.p. 94.

⁴¹⁴ HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**: ensaios políticos.p. 137.

⁴¹⁵ Luigi Ferrajoli destaca a quebra de paradigma no modelo de normativas internacionais de Vestfalia e um novo padrão voltado para os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana: “A Carta da ONU assinala, em suma, o nascimento de um novo direito internacional e o fim do velho paradigma – o modelo vestfaliano –, que se firmara três séculos antes com o fim de outra guerra europeia dos trinta anos. Tal carta equivale a um verdadeiro contrato social internacional – histórico e não metafórico, efetivo ato constituinte e não simples hipótese teórica ou filosófica –, com o qual o direito internacional muda estruturalmente, transformando-se de um sistema pactício, baseado em tratados bilaterais interpartes (entre partes homogêneas), num verdadeiro ordenamento jurídico supraestatal: não mais um simples pactum associationis (pacto associativo), mas também pactum subiectionis (pacto de sujeição). Mesmo porque a comunidade internacional, que até a Primeira Guerra era identificada como a comunidade das “nações cristãs” ou civilizadas – Europa e América –, é estendida pela primeira vez a todo o mundo como ordem jurídica mundial.” FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40-41.

a concretizar a aplicação do princípio da complementaridade da jurisdição do TPI. De tal forma, o referido Estatuto prevê em seu artigo 1º⁴¹⁶:

Artigo 1º: [...] O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.

Tal exemplo vem coadunar com a possibilidade de criação de órgãos similares para a preservação dos direitos humanos, com a jurisdição efetivamente focada no direitos de Migração e de Refugiados, como ora se pretende propor.

A perspectiva Transnacional em face da migração é ainda mais relevante devido às forças da Globalização e suas repercussões na mobilidade. Agora é mais fácil do que nunca estar conectado a duas ou mais realidades além das fronteiras nacionais. O rápido desenvolvimento das redes de comunicação, transporte, comércio e informação, resultantes da Globalização, fortaleceram as conexões dos migrantes com dois ou mais lugares.

Os padrões de Migração também mudaram: hoje a migração pode ser curta ou longa, temporária ou permanente, ou consistir de uma série de itinerários em etapas, incluindo o retorno ao ponto de origem. Através do que é chamado "a cadeia de migração", migrantes de uma região ou cidade, em um determinado país, podem partir para outra região ou cidade específica em outro país, muitas vezes graças à ajuda do redes. Embora isso não seja um fenômeno novo, promove o Transnacionalismo.

Depois dessas transformações, os migrantes podem estudar em um país, trabalhar e criar seus filhos em outro e se aposentar em um terceiro, além de muitas outras variações.

⁴¹⁶ BRASIL. DECRETO Nº 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002 **que Promulga o Estatuto do Tribunal Penal Internacional.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acessado em 03.11.2017

A partir do momento em que a preocupação com o desenvolvimento da Sociedade global estiver construída em bases que, além do desenvolvimento econômico, contemplem aspectos de interesses sociais, necessariamente embasados em leis que protejam o direito do homem, essa Sociedade poderá, talvez, tornar-se efetivamente cosmopolita e os direitos estabelecidos em sua base poderão atingir a um número maior de pessoas envolvidas.

Tudo isto requer, obviamente, vontade política dos governantes estatais e a possibilidade de órgãos jurídicos competentes e com legitimidade para exigir o cumprimento das normas de inclusão social e respeito à dignidade humana, independente de sua origem.

Um aspecto a ser observado é que a declaração nas normas internas dos Estados, sobre quem são seus Nacionais, bem como as eventuais distinções entre Nacionais e não-nacionais e, por implicação, quais os direitos dos estrangeiros, nos respectivos territórios, tradicionalmente, eram aspectos que o Direito Internacional Público definia como domínio reservado à competência interna dos Estados.

Nos tempos anteriores à Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, ou seja, nas épocas históricas em que os Direitos Humanos eram definidos unicamente em normas internas dos Estados, as únicas limitações aos poderes dos Estados, no relativo a direitos dos estrangeiros, referiam-se a poucas questões sobre a efetividade das concessões de Nacionalidade, e os limites que as próprias normas constitucionais internas impunham ao legislador infraconstitucional.

Se as políticas de Migração são abordadas de uma perspectiva Transnacional, é importante ter em mente as diferentes categorias de migrantes: por exemplo, alguns são migrantes temporários ou circulares que realizam atividades transnacionais que não sejam aquelas dos que migram com caráter permanente (viajam por razões de ensino superior ou por transferências dentro de uma empresa).

Da mesma forma, os Migrantes irregulares exigem atenção especial: certamente empreenderão atividades transnacionais, mas terão de enfrentar maiores

obstáculos e eles terão menos acesso a medidas que possam facilitar suas contribuições Transfronteiriças, pois:

A elevação das normas de proteção à pessoa humana ao nível internacional, outras importantes limitações ao poder indiscriminado dos Estados de legislarem sobre a situação dos estrangeiros, foram sendo introduzidas nos ordenamentos internos dos Estados.⁴¹⁷

De um modo geral, o Transnacionalismo diz respeito a pessoas que permanecem no país quanto àqueles que se movem. As famílias dos migrantes que permanecem no país de origem, por exemplo, são parceiros importantes que devem ser levados em conta.

Normalmente, de caráter histórico, as experiências dos Migrantes, incluindo sua situação familiar ou condenações políticas, afetam o modo e a magnitude em que participam das atividades de Transnacionalismo, bem como em seu sentimento de identidade individual e coletiva. Existem efeitos favoráveis e desfavoráveis que podem surgir a partir destes Intercâmbios transnacionais para migrantes, suas famílias e sociedades em causa.

A possibilidade de criação de normativas Transnacionais que visem à garantia de direitos fundamentais e humanos, de forma igualitária para nacionais e migrantes, é emergencial em face da ausência de interesses percebido pelos grupos capitalistas, que não representam de forma alguma os interesses da coletividade.

O Transnacionalismo torna-se, portanto, um fator chave na gestão contemporânea da Migração.

As políticas de migração devem ser informadas e registradas para que os Governos possam conhecer as diversas realidades de possível atingimento do Transnacionalismo, seja positivo ou negativo, com vistas a aproveitar ao máximo os benefícios que isso pode trazer. Embora, globalmente, existam desafios inegáveis a

⁴¹⁷ SILVA SOARES, Guido Fernando. Os Direitos Humanos e a Proteção dos Estrangeiros. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: USP, v. 99, 2004. p. 403-460. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67631/7024>. Acessado em 11/07/2018. p. 455

migrantes que participam em atividades Transnacionais, tais interações contribuem para enriquecer numerosos espaços que ocupam.

A participação direta dos diferentes parceiros - incluindo os governos de origem e de acolhimento, as autoridades locais, os migrantes e as suas famílias, redes e associações de migrantes, da sociedade civil e do setor privado - são o eixo central que fortalece alianças para obter os melhores resultados para todos.

Defende-se, assim, que a tutela jurídica aos Direitos do Refugiado deve ser ampliada para a esfera global, através da institucionalização de um organismo competente para tal feito, que possa representar os interesses da população mundial, com regras à preservação das conquistas jurídicas já alcançadas em nível internacional sem estar vinculado a grupos privados, possuindo autonomia de decisão de imposição de regras que visem ao bem-estar das populações mundiais.

Na concepção de José Flávio Sombra Saraiva⁴¹⁸, os conflitos mudaram e existe um processo de transição que deve ser observado, já que:

Existem mudanças em curso, há busca por novos princípios e regras de conduta que conformariam uma nova ordem. [...] Emergiram vários arquipélagos de valores e interesses que tornam difícil a comunicação entre as diferentes visões acerca do devir da sociedade internacional do futuro.

E prossegue reforçando o entendimento sobre a necessidade de criação de novo ordenamento jurídico internacional, afirmando que:

Reivindicar a dimensão do movimento em substituição aos esquemas estáticos e excessivamente estruturais é uma outra recomendação para o debate em torno da busca de explicação plausível para a construção de um ordenamento inédito internacional.⁴¹⁹

⁴¹⁸ SARAIVA, José Flávio Sombra (Org.). **História das Relações Internacionais Contemporâneas: a sociedade internacional do século XIX à era da globalização.** p. 346.

⁴¹⁹ SARAIVA, José Flávio Sombra (Org.). **História das Relações Internacionais Contemporâneas: a sociedade internacional do século XIX à era da globalização.** p. 346-347.

A unidade de Direito Internacional de Direitos Humanos se reflete na existência de um conjunto de elementos e características básicas que são comuns a esses Direitos. Os sistemas de Promoção e Proteção Internacional dos Direitos Humanos estão intimamente vinculados ao fenômeno das Organizações Internacionais, já que surgem e se desenvolvem sempre dentro de uma Organização Internacional que lhes oferece suporte ideológico, institucional e material e que possa garantir a sobrevivência e autonomia de cada um dos sistemas.⁴²⁰

A harmonização de sistemas jurídicos diferentes (Nacionais, Supranacionais), por meio de uma identidade de normas provenientes de cada região na qual se originou, mostram como a União Europeia pode servir como experiência não de unificação normativa, mas de diálogos transnacionais entre normas distintas, pois segundo Mireille Delmas-Marty⁴²¹, isso impediria o retrocesso a uma ordem totalitária:

Na escala planetária, o espaço normativo ainda é apenas muito pouco ordenado. Daí o interesse de combinar conformidade e compatibilidade para se esforçar em organizar a diversidade dos sistemas sem importância a impossível unidade, pois a busca de uma ordem planetária unificada traria o risco de redundar numa ordem totalitária, que impõe hegemonia de uma cultura, de um Estado ou de uma região sobre as outras.

Reforça, ainda, que tais processos dialogados auxiliam na elaboração de princípios comuns:

A esse respeito, a sobreposição dos conjuntos normativos nacionais, regionais e mundiais já implantada, ou cuja criação é incentivada pela ata final da Conferência de Viena, parece ser um instrumento adequado. Pois essa sobreposição permite todo um jogo de referências cruzadas (de um país ou de uma região à outra, mas também de um nível nacional, regional ou mundial ao outro), o que facilita a elaboração de princípios comuns, não só declarativos, mas que regem as escolhas e a interpretação das normas jurídicas nacionais.”

⁴²⁰ VELASCO, Manuel Diez de. **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 13. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2001. p. 544.

⁴²¹ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um Direito Comum**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 289.

A Transnacionalidade jurídica como dialética de intervenções e regulações propositivas tende a buscar alternativas para alcançar todos os envolvidos nos interesses de suplantar atos e leis internas que possam atingir os direitos do homem e, assim, garantir decisões e julgamentos institucionais internacionais que mantenham a salvo os direitos e garantias fundamentais ao homem, especialmente, no caso em tela, do Migrante ou Refugiado.

O Estado cosmopolita é o Estado de paz de longo prazo. A ideia de uma Constituição cosmopolita que garanta uma “unificação de todos os provos sob leis públicas” tem como significado um Estado de paz “verdadeiro”, peremptório e não meramente provisório.⁴²²

O centro nevrálgico do Transconstitucionalismo é trabalhar com todos os tipos de ordens jurídicas no sistema jurídico mundial multinível (estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais), para trazer respostas ao conflitos e problemas jurídicos relacionados, especialmente, com os direitos humanos, preocupados com a pluralidade de “[...] interpretações/concretizações das normas e da incongruência prática dos diferentes tipos de direitos humanos”⁴²³, para que não interfira negativamente na decisão ou julgamento para dirimir tais problemas. A tendência de um julgamento liberal pode ter um apelo diverso de um julgamento social-democrata para o mesmo conflito de direitos humanos analisado.

A Constituição do Estado Democrático de Direito, como esclarece Marcelo Neves⁴²⁴, é reestruturada de forma permanente, através da interpretação e aplicação do Direito pelos organismos julgadores. “Esse é o paradoxo das hierarquias

⁴²² HABERMAS, Jürgen. **O Ocidente Dividido**: pequenos escritos políticos X. p. 171.

⁴²³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 256.

⁴²⁴ Como forma de solução de controvérsias comuns em nível internacional, “[...] o transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional – a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder -, que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-lo.”. Fonte: NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 297.

entrelaçadas: a sentença Constitucional, subordinada normativamente à Constituição, [...], o que é Constitucional.”⁴²⁵

[...] a ‘Constituição Europeia’ não é uma verdadeira constituição, que passe a CRP para um segundo plano, infraconstitucional. E parece claro – e esta é a razão decisiva – que nenhuma revisão constitucional pode consagrar uma solução com este alcance, porque isso equivaleria a perder a constituição, fruto da vontade do povo soberano, equivaleria a perder a soberania que reside no povo, equivaleria a perder a independência nacional. Ora esta questão nunca foi sequer equacionada politicamente e, portanto, estava em absoluto fora da cogitação dos deputados que votaram a revisão constitucional.⁴²⁶

Os desafios apresentados por problemas Transnacionais e novos arranjos Geopolíticos proporcionam uma oportunidade para uma nova abordagem progressiva à interação global.

Encontramos, para tanto, dificuldades da teoria do direito de assumir uma representação de Direito Transnacional como um conceito supostamente universal, pois a nossa linguagem jurídica está intimamente ligada ao Direito do Estado-nação. O campo está aberto a inovações conceituais, que podem fazer parte do vocabulário da linguagem em que o discurso jurídico Global e Transfronteiriço será conduzido.

O aspecto normativo defende o tratamento discursivo de conflitos de autoridade, em busca de soluções compatíveis para esses conflitos, através de um processo de aprendizagem mútua e de integração, com perspectiva de ordens legais internacionais relevantes para o fim de alcançar reconstruções coerentes da lei e da justiça.

O questionamento da primazia da Soberania do Estado é a pedra angular do Sistema Europeu de Integração Regional. O principal objetivo da Proteção Internacional dos Direitos Humanos como um todo seria o de interligar o Estado em uma rede de compromissos internacionais que poderiam ser invocados em apoio a sanções contra Governos que estivessem minando a Democracia e os Direitos

⁴²⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 296.

⁴²⁶ NUNES, A. J. AVELÃS. **A Constituição Europeia** - A Constitucionalização do Neoliberalismo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 46.

Fundamentais. A submissão dos Estados à lei resultou na criação de Jurisdições Internacionais com o intuito de assegurar a implementação de Princípios superiores definidos nos textos Constitucionais. Tal imposição de Princípios Internacionais, baseados nos valores Constitucionais Nacionais do respeito à vida e à Liberdade, para garantir os Direitos Humanos, apresentou um processo de rejeição, na medida em que tais imposições jurisdicionais poderiam minar a autonomia e, conseqüentemente, a Soberania Estatal.

Analisando essa consternância, na concepção de Jürgen Habermas⁴²⁷, o ponto da juridificação pacificadora das relações internacionais constitui um Direito Internacional na sua forma clássica, apresentando o reflexo invertido da relação entre o Estado e a Constituição.

Esse Direito Internacional clássico pode até mesmo ser entendido como uma espécie de Constituição, na medida em que cria uma comunidade jurídica entre as partes que formalmente têm os mesmos Direitos. Certamente, esta protolitização do direito internacional difere de uma Constituição Republicana em vários aspectos essenciais. Ele não é composto de indivíduos que formam uma comunidade jurídica, mas sim de atores coletivos, e também tem a função de constituir uma autoridade política.

O Constitucionalismo Transnacional que a Europa vem discutindo desde o pós Segunda Guerra Mundial é parte do movimento liberal que inspirou o desenvolvimento de salvaguardas Constitucionais a nível nacional no século XIX. Reconhecendo a ideia de limites à Soberania do Estado e ao controle jurisdicional sobre os atos dos governos, ele lançou as bases para uma nova sociedade na qual o que acontece dentro das fronteiras nacionais não mais constitui a área reservada dos Estados, e onde os remédios são fornecidos para permitir que o indivíduo tenha proteção contra a arbitrariedade.

⁴²⁷ HABERMAS, Jürgen. **O Ocidente Dividido**: pequenos escritos políticos X. p. 185.

Para uma organização de parceiros com mesmos direitos consagrados na Liberdade e igualdade, segundo Jürgen Habermas⁴²⁸:

[...] falta é um poder supranacional, para além dos Estados que rivalizam entre si, que forneça à comunidade de Estados **constituída internacionalmente possibilidades de sanção e capacidades de atuação necessárias para a imposição de suas regras.** [grifo nosso]

A ONU não conseguiu impor a Convenção de 1990 sobre os Direitos dos Migrantes e não consegue lançar uma linha de ação coletiva na arena multilateral sobre a questão da Migração. No entanto, na esfera da ONU e além, as organizações internacionais estão discutindo o surgimento de uma agência especializada em migração.

De todo modo, merece destaque, a adoção por parte da Assembléia Geral da ONU, em de 19 de setembro de 2016, da Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes, que trata de um conjunto de compromissos para melhorar a proteção de Refugiados e Migrantes. A Declaração reafirma a importância do regime internacional de proteção e compromete os Estados a fortalecer e aperfeiçoar os mecanismos para proteger as pessoas Migrantes. Nele, os Estados se comprometem a trabalhar para a adoção de um Pacto Global sobre Refugiados e um Pacto Global para uma Migração Segura, Ordenada e Regular. Embora o Pacto não seja um documento juridicamente vinculativo, muitos vêem a sua negociação como uma oportunidade importante para melhorar a resposta da comunidade internacional aos Refugiados e Migrantes.

Ainda assim, existem lacunas observadas como a omissão sobre deslocados internos, e a falta de clareza sobre como responder àqueles que precisam de proteção internacional que estão fora da definição de Refugiado. Em última análise, se os Pactos fazem a diferença na vida dos refugiados e Migrantes dependerá da vontade política dos Estados para desenvolver e implementar compromissos,

⁴²⁸ HABERMAS, Jürgen. **O Ocidente Dividido**: pequenos escritos políticos X. p. 185.

especialmente de ordem jurídica, para maior proteção a essas pessoas que não possuem direitos ou garantias jurídicas suficientes.⁴²⁹

O processo pelo qual o Pacto Global sobre Migração Segura, Ordenada e Regular está sendo desenvolvido é muito mais complicado e aberto. Este processo é apoiado por várias entidades ligadas ao sistema das Nações Unidas, incluindo a Organização Internacional para as Migrações, o Grupo Global de Migração, o Gabinete do Secretário-Geral e a Presidência da Assembleia Geral. A liderança política vem dos dois estados membros que servem como co-facilitadores para o pacto migratório - México e Suíça - cada um dos quais está fortemente comprometido com o sucesso do processo.

Os processos que levam aos compactos globais demonstram a crescente multilateralização das questões da mobilidade humana global. No lado da migração, o caminho da Declaração de Nova York, o desenvolvimento de um pacto global e a conferência de 2018 fazem deste um período de consolidação rápida e significativa de um regime nascente de migração internacional. A relativa autonomia do processo de compactação da migração da política em nível Nacional significa que, para muitos atores, a arena global oferece uma plataforma mais aberta para a discussão de inovações políticas do que o espaço político nacional.

As lutas globais mais amplas sobre poder e recursos moldam o movimento internacional de pessoas, e não se pode esperar que a Política de

⁴²⁹ “O pacto global prevê medidas específicas que beneficiam ambos os refugiados e as comunidades de acolhimento, como o fortalecimento da infraestrutura educacional e de saúde do país de acolhimento, além de economias em potencial. O Pacto Global também prevê medidas como o reassentamento e outros caminhos para países terceiros para ajudar a aliviar as pressões sobre os países que abrigam os maiores números. O processo que levou ao pacto global sobre os refugiados foi estabelecido em setembro de 2016, quando a Assembleia Geral da ONU adotou a Declaração de Nova Iorque para Refugiados e Migrantes, que deu ao ACNUR a tarefa de desenvolver um “pacto” baseado nessas consultas. O novo acordo internacional também se baseia em lições importantes da aplicação de uma nova perspectiva para uma resposta mais abrangente a essas crises, conhecida como a Estrutura Abrangente de Resposta aos Refugiados (CRRF, em inglês), em 15 países. As experiências compartilhadas na câmara do Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC, em inglês) sugeriram uma enorme promessa na nova abordagem que sustenta o pacto global a ser considerado pela Assembleia Geral antes do final do ano.”. Fonte: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Agência da ONU para Refugiados**. Líderes mundiais expressam forte apoio ao novo acordo sobre refugiados na Assembleia Geral da ONU. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2018/09/27/lideres-mundiais-expressam-forte-apoio-ao-novo-acordo-sobre-refugiados-na-assembleia-geral-da-onu/>>. Acessado em 27/09/2018.

Migrantes e Refugiados resolva questões fundamentais de governança, desenvolvimento, economia política global e segurança humana. Trata-se, portanto, de uma oportunidade única de geração de uma estrutura política e jurídica internacional para Migração.

Os Direitos Humanos têm sido tradicionalmente enquadrados numa perspectiva vertical com os deveres dos Estados confinados aos seus próprios cidadãos ou residentes e as obrigações além desse espaço territorial têm sido mínimas. No entanto, o paradigma territorial tem sido seriamente desafiado nos últimos anos, em parte devido à crescente conscientização da capacidade dos Estados e de outros atores de impactar os direitos humanos longe de casa, tanto positiva quanto negativamente. Em resposta a essa conscientização, Princípios Jurídicos surgiram estabelecendo algumas obrigações Transnacionais de direitos humanos de diferentes graus. No entanto, apesar dessas iniciativas, instituições judiciais e órgãos de monitoramento continuam a mostrar uma enorme hesitação em ir além de uma leitura territorial do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Para apresentar garantias e segurança jurídica para além do Estado e além das fronteiras, é essencial o desenvolvimento de diálogos constitucionais dentre órgãos jurisdicionais, com o intuito de auxiliar em decisões jurídicas protetoras dos Direitos Humanos, além de buscar na construção de jurisprudências estatais referências que possam fornecer elementos de subsídio para a construção de Tribunal Mundial competente para dizimar conflitos de direitos humanos e Direitos dos Migrantes e Refugiados em nível global.

No esclarecimento de Marcelo Neves⁴³⁰ sobre o desenvolvimento de diálogos Constitucionais em nível Transnacional, pode-se perceber a preocupação de ausência de Tribunal competente:

Além do fato de que as ideias constitucionais migram mediante legislação e doutrina de uma ordem jurídica para outra, há um entrecruzamento de problemas que exigem um diálogo constitucional no nível jurisdicional, sobretudo através do desenvolvimento de tribunais constitucionais ou cortes supremas.

⁴³⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 166-167.

Reforça ainda⁴³¹, que não se trata apenas de utilização de jurisprudência de um tribunal de determinado Estado por outro tribunal de outro Estado-Nação, influenciando seus cidadãos, mas sim, criando decisões com efeitos vinculantes e com aplicações baseadas nas razões de cada tribunal:

Não se trata simplesmente de constatar que as decisões tomadas no âmbito de uma ordem estatal influenciam outras ordens estatais e têm efeitos sobre os cidadãos de outros Estados. Tampouco a questão se refere simplesmente a um “transjudicialismo”, como forma de referências recíprocas entre decisões de tribunais de Estados diversos. Mais do que isso, o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas importa que, em casos tipicamente constitucionais, as decisões de cortes constitucionais de outros Estados são invocadas em decisões de tribunal constitucional de um determinado Estado

[destaques do autor]

Uma deficiência do status atual da lei de direitos humanos dentro do quadro mais amplo do direito internacional público é o foco exclusivo dos direitos tratados de direitos e seus mecanismos de monitoramento sobre os Estados como portadores de deveres. Isso não corresponde mais às realidades do nosso mundo Globalizado onde outros atores além dos Estados, como instituições financeiras internacionais e outras organizações intergovernamentais, corporações transnacionais e outros atores não estatais desfrutam de poderes crescentes que afetam a vida dos indivíduos independentemente das fronteiras Nacionais. Essa aplicação acaba, naturalmente, se redefinindo aos Migrantes que buscam inserção nos países de acolhimento.

Com relação ao Transconstitucionalismo entre Direito Internacional Público e Direito Estatal, existem ainda discrepâncias decisórias e de aplicação jurisdicional, como alerta Marcelo Neves⁴³²:

Na relação entre ordens jurídicas internacionais e ordens jurídicas estatais, surgem cada vez mais frequentemente casos-problemas jurídicos-constitucionais cuja solução interessa, simultaneamente, às diversas ordens envolvidas. São situações em que é invocado mais de

⁴³¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 168.

⁴³² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 132.

um tribunal para a solução do caso, sem que, necessariamente, existam normas de solução de conflitos de competência ou, em havendo, sem que haja convergência em torno delas por parte dos respectivos tribunais.

Nesse diapasão, entende-se fortemente necessária a criação de Órgão Transnacional com poderes sancionatórios para a manutenção do equilíbrio e da paz mundial, para que possa concentrar, de forma justa, adequada e convergente as decisões jurídicas que afetarão as pessoas envolvidas em determinados temas jurídicos (neste trabalho procura-se destacar os problemas que envolvam direitos dos Refugiados e dos Migrantes em geral) que exigirão julgamentos imparciais e amplamente protegidos pelos Direitos Humanos para qualquer demanda de Direito Migratório em nível global.

Na concepção de Jürgen Habermas⁴³³, uma comunidade com ações sancionatórias é necessária para a manutenção da paz internacional e o banimento da guerra, com perspectivas de atuação Transnacional:

A aliança entre os povos e o banimento da guerra estão na lógica de um desenvolvimento ligado ao *status de membro* dos sujeitos de direito internacional. No início existe apenas uma comunidade de Estados constituída de forma “fraca” em comparação com o Estado republicano, que precisa ser complementada no plano transnacional por órgãos de regulação e de aplicação do direito, bem como por potenciais sancionatórios, se for se tornar uma comunidade com capacidade de atuação. [destaques do autor]

Diante das pesquisas realizadas, apresenta-se como sugestão de resolução de conflitos em nível Transnacional, a criação de um Tribunal Mundial de Direitos dos Refugiados e Migrantes, que assinala a capacidade da proposta para responder aos desafios contemporâneos em nosso mundo globalizado. O Tribunal exerceria jurisdição não apenas em relação aos Estados, mas também em relação a uma ampla gama de outros atores, incluindo organizações intergovernamentais, organizações Transnacionais e outros atores não estatais.

⁴³³ HABERMAS, Jürgen. **O Ocidente Dividido**: pequenos escritos políticos X. p. 186.

Utilizando o modelo da Corte Internacional de Justiça como forma de Transnacionalização de decisões judiciais, pode-se destacar que a Corte Internacional de Justiça, tem competência juridicamente vinculante em respeito aos Estados, somente quando apreendidos por Estados, e somente em relação a direitos e obrigações dos Estados uns aos outros. O indivíduo, bem como os Direitos Humanos a ele concernentes, não estão em foco. É verdade que o procedimento para pareceres consultivos para a Corte Internacional de Justiça, abre um espaço mais amplo para atores e questões em nível mundial.

Essa análise nos permite lançar luz sobre este fenômeno contemporâneo das condições legais e estatutárias da mobilidade e as respostas pragmáticas a esse processo. As possibilidades e limites da intervenção do Estado em questões de Migração foram ficando mais claras, mas o texto permanece muito vago e cauteloso quanto à forma de pressões e ações de Organizações Internacionais ou Regionais sobre política Estatal.

Diante dos argumentos apresentados, defende-se a possibilidade de criação de Órgão Jurisdicional Transnacional para os Direitos de Migração e Refugiados com o intuito de estabelecer normas específicas para o Direito de Migrantes e Refugiados, atingindo os Estados que se vincularem ao referido órgão. Estas normas devem prever sanções aos Estados que contrariem os Direitos Humanos e a Proteção Internacional a esses Direitos. Tal órgão Jurisdicional seria denominado de Tribunal Mundial de Direitos dos Refugiados e Migrantes.

Este Órgão de interferência Transnacional deverá ser independente e com poder coercitivo a ser aplicado sempre que forem julgados processos judiciais que verifiquem transgressões aos Direitos Humanos e dos Refugiados e Migrantes, impulsionado pelo reconhecimento da pluralidade de interesses nacionais, regionais e dos sistemas jurídicos internacionais e seu próprio dever de fidelidade a tais sistemas.

CONCLUSÕES

O Direito Internacional é usado desde 1789 por Jeremy Bentham para designar o conjunto de normas jurídicas que regem as relações entre Estados, o conjunto de normas jurídicas que regem as relações entre os sujeitos da comunidade internacional ou conjunto de normas legais que regulam as relações entre Estados e organizações internacionais.

Um Estado, ao determinar a sua jurisdição territorial, estabelece limites que separam seu território de seus vizinhos, de que parte do seu território vai exercer a sua Soberania, definindo limites, e refere-se aos limites de um Estado formado pela termos ou faixas que dividem as populações, províncias ou reinos e aponta os limites de cada um. É o território sobre o qual o Direito Internacional reconhece um Estado Soberano.

A noção de Soberania é indispensável para a regulação internacional das relações jurídicas entre Estados e entre estas e outras matérias de direito internacional, já que isso é fundamentalmente baseado na existência de Soberania como um atributo de Estado, isto é, é viável na medida em que os Estados gozam de autonomia. Neste ponto, é necessário ter em mente que a noção de Soberania no nível internacional não coincide de forma alguma com a concepção do ambiente jurídico interno, por conseguinte, um dos problemas do Direito Internacional é estabelecer claramente a sua noção no quadro da teoria da subjetividade do Estado.

O poder Soberano do Estado deve agora estar necessariamente ligado à realização de ideais internacionais, e não apenas interesses Nacionais. Esses interesses nacionais devem estar de acordo com os interesses da comunidade internacional, portanto, obrigações ativas ou positivas e as responsabilidades do Estado estão se expandindo cada vez mais na esfera internacional e a existência do conceito de Soberania só se justifica se não prejudicar a realização destes interesses globais, que devem ser considerados como o bem comum internacional.

A Globalização e o Nacionalismo não permeiam estruturas Soberanas homogêneas. Não há um único tipo de Estado e as relações entre Estados não

operam simetricamente. Condicionados pelos elementos sobreviventes do sistema Vestfaliano, mas também por novos apoios e atritos, os Estados se relacionam de maneira contextual que constitui o principal agente estrutural de Soberania no plano internacional.

A Soberania é moldada pelas relações específicas que os estados, Soberanos únicos e sujeitos internacionais dominantes, estabelecem entre si. Na atual sociedade internacional, é possível reconhecer três classes de Estados: o pré-moderno, o moderno e o pós-moderno. As relações e interações que esses três tipos mantêm geram usos diferenciados e contraditórios da Soberania, usos que, em muitos casos, não concordam com as delimitações formais da mesma.

São usos que deixam claro que a Soberania, universal e homogênea na teoria e de acordo com a norma, geralmente não guarda nenhuma dessas duas condições no momento de ser praticada. Estas relações interestaduais idiossincráticas, marcadas pela investida conjunta do nacionalismo e da globalização, constituem a reflexão estrutural mais visível e importante da vida material da Soberania.

O Constitucionalismo no futuro somente terá êxito se quebrar definitivamente a matriz espiral de uma ciência jurídica intimamente formalista e do confinamento espacial de seus limites territoriais. A coerência da ordem Constitucional refere-se a um Ciência jurídica inequivocamente comprometida com os princípios constitucionais, uma ciência generalista capaz de transcender as fronteiras do velho estatismo e articular mecanismos de cooperação capazes de estruturar um sistema eficaz de garantias para a proteção dos direitos.

Nesse sentido, o paradigma do Constitucionalismo Internacional sempre manteria a concepção racionalista de Direitos Humanos como posições preferenciais contra os poderes político (autoritarismo) e econômico (globalização), que em muitos casos são ilimitados: não mais disputa do que o voluntarismo dos Estados Unidos e as oscilações caprichosas do capital global.

A Constituição do Constitucionalismo é uma Constituição no sentido material, como um conjunto de normas fundamentais, de organização política e regulação da Democracia, em que um Estado Constitucional efetivamente limitado pela lei governa. Os direitos fundamentais ou humanos são requisitos éticos universais e necessários para que o Estado Constitucional e o Constitucionalismo deixem de ser expressões mais ou menos abstratas e entusiastas de um fenômeno legal contemporâneo.

Os direitos fundamentais são a chave para o Estado Constitucional, o quadro ideal e conceitual do Constitucionalismo, mas também, e especialmente, o critério com o qual o cumprimento efetivo e a efetivação do princípio dos direitos humanos e dos princípios democráticos são medidos. A expressão "Constitucionalismo Multinível" entrou agora na linguagem atual, concomitante ao desenvolvimento de instrumentos internacionais para a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo e do fenômeno da integração entre os sistemas jurídicos nacionais e os sistemas supranacionais.

A reforma do sistema europeu concebido pelo Tratado de Lisboa aborda a necessidade de uma ampla racionalização dos arranjos institucionais e de governo intervir em particular, com uma certa intensidade, o modelo de Democracia Supranacional. Uma reflexão atualizada sobre a relação entre a teoria do Constitucionalismo Multinível e a questão da Democracia na União Europeia não pode, no entanto, prescindir, numa primeira aproximação, com a realização de certas considerações sobre a natureza da experiência de integração Supranacional.

Especificamente, emerge do direito público europeu mais vasto uma reflexão com consciência generalizada, no contexto do processo de integração europeia, como uma tendência de emancipação da dimensão internacionalista que marcou o início desta experiência sobre a Integração e, ao mesmo tempo, uma aproximação gradual, marcada no tempo pela revisão dos Tratados da União Europeia e pelo contributo criativo do Tribunal de Justiça da União Europeia, para uma dimensão essencialmente Constitucional Supranacional.

O reconhecimento da experiência da integração europeia como experiência de Direito Constitucional envolve a necessidade de uma teoria Constitucional mais sólida e coerente para a União Europeia, que lide adequadamente com a questão complexa da relação entre os sistemas jurídicos nacionais e europeus através da definição de formas e instrumentos de participação democrática capazes de assegurar legitimidade adequada ao poder público Europeu.

De tal feita, como aduz Marcelo Neves, as normas estabelecidas na Constituição do Estado Democrático de Direito se concretizam por meio dos Tribunais e mantêm-se numa permanente reconstrução através de sua interpretação e aplicação, trazendo por meio da sentença exatamente o que está previsto na Constituição.⁴³⁴

Não obstante, a Constituição deve ser baseada na unidade indissolúvel da Nação, para reconhecer e garantir o direito à autonomia das nacionalidades e das regiões que a integram, assim como a solidariedade entre os que coabitam essa Nação.

Para tanto, a evolução da sociedade e do Nacionalismo deve buscar a constante integração sociocultural de indivíduos e grupos sem marginalização. Assim, a Cidadania entendida como uma separação entre direitos e identidade nacional deve ser compatível com um Nacionalismo em que grupos minoritários são também representados ou, pelo menos, em situação de igualdade em relação a uma cultura mais hegemônica. Sob esse enfoque, pode-se pensar em uma sociedade diferente daquela prevista enquanto solidariedade civil que tem sua força na identidade coletiva, valendo-se do que Jürgen Habermas destaca como a categoria dos Direitos Humanos como fundamento da solidariedade cosmopolita.

Claro que esta ideia só pode ser aceita num Estado plurinacional e não no Estado-Nação tradicional, na busca de uma realidade mundial que nos leva a cada vez mais estados multinacionais e multiétnicos. Neste contexto, para o conceito da Cidadania completa, requer-se uma certa identificação também com a identidade. Tal

⁴³⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 295.

identidade não se refere a identificações étnicas ou solidariedade cultural, mas para uma ideia muito mais simples e elementar. Para que a cidadania possa ser plena, deve haver um sentimento de Pertença por parte daqueles que a compartilham numa identificação mínima acima dos grupos aos quais eles pertencem. Não é sobre se identificar como um dentro do grupo, mas para estar ciente do que significa ser cidadão e identificar-se com ele.

Nesse contexto, é possível dizer que, tradicionalmente, Nacionalidade e Cidadania foram identificadas como elementos que não seriam passíveis de entendimento sem a conotação do outro, mas era sobre uma nacionalidade unitária que não respeitava as diferenças das minorias e homogeneizava os cidadãos em uma única categoria. A tradição liberal considerou-os homens livres e, como tal, devem fazer uso dos seus direitos numa perspectiva individual, sem mesmo considerar a existência de direitos que devem ser conferidos aos coletivos como entidades particulares.

Apesar das conquistas que foram obtidas pelos Migrantes e suas organizações, a demanda por direitos políticos Transnacionais continua representando um desafio para a Democracia nos tempos de Globalização, na tentativa de atribuir maior responsabilidade ao Estado em tempos de construção Democrática Transnacional que dignifica a posição política dos cidadãos migrantes.

No direito internacional, como no direito interno, o território designa o campo de validade de uma norma e o elemento determinante de uma competência. O que, no entanto, especifica o conceito de território no direito internacional é que ele não se refere geralmente ao elemento determinativo de uma competência, mas de uma competência específica - a competência Soberana do Estado. O Direito Internacional foi realmente construído em torno desta representação do espaço que é a Soberania territorial e que determina seu próprio poder de atuação.

Um exemplo de atuação para além territórios, administrativa e juridicamente, é a que valida e legitima as tomadas de decisões no campo da União Europeia, por entender-se como um espaço Comunitário Europeu, que usa, quando houver regulamentação específica, a legislação da União para aplicação de forma

uniforme. Os territórios da União são, portanto, múltiplos e não podem constituir um título de competência - caso em que a União seria transformada em Estado - mas são de fato territórios, desde que constituam o campo de aplicação da lei, sendo consideradas competências internacionais não Soberanas com uma base espacial localizada.

Estes espaços têm competências jurídicas para criação de leis internacionais das quais os tratados fundadores são constituídos e garantidores de aplicação, por alcançar a Soberania territorial dos Estados-Membros, por meio de uma unidade jurídica da União Europeia (exemplo particularmente notável para o Espaço Schengen, que permite a circulação de qualquer pessoa, cidadão ou não da União Europeia).

O resultado dessa abordagem poderia ser o simples reconhecimento da existência de uma unidade crescente a nível global Internacional. Esta tendência de integração está ainda mais presente na União Europeia, em que o objetivo expresso pelos Estados-Membros é precisamente uma União mais estreita. E um elemento que só destaca essa tendência é também o da hierarquia óbvia de leis, tanto a nível internacional como a nível comunitário, proclamando-se, assim, a superioridade do Direito Supranacional às normas Nacionais.

O Constitucionalismo Transnacional a que a Europa deu origem depois da Segunda Guerra Mundial faz parte do movimento liberal que inspirou o desenvolvimento de garantias constitucionais em nível nacional no século XIX. Reconhecendo a ideia de limites para a Soberania do Estado e a revisão judicial dos atos dos governos, ele estabeleceu as bases para uma nova sociedade, na qual o que está acontecendo dentro das fronteiras nacionais não é mais a preservação dos Estados, e para permitir que o indivíduo se proteja contra a arbitrariedade de qualquer Estado em nível Transnacional.

A mudança mais importante no Direito Internacional é justamente aquela que tende, gradualmente, a realizar movimentos constantes que visem relativizar o Poder Soberano do Estado, para substituir por espaços nos quais o Estado transite como aglutinador, confluindo para uma unidade para além da Soberania Estatal e com

interesses baseados nas normas balizadoras dos Direitos Humanos e garantias jurídicas concernentes a esses Direitos, independentemente da localização geográfica do indivíduo afetado por ilícitos internacionais que afrontem os Direitos do Homem.

Com os elementos e pressupostos apresentados, verificados os problemas de ordem política e jurídica, prioritariamente, além dos aspectos sociais e econômicos decorridos dos movimentos migratórios, pôde-se constatar que as legislações, bem como os órgãos de competência jurídica que se propõem em nível transnacional na atualidade para os direitos de migração, podem ser observadas mais detidamente no âmbito da União Europeia, que apresenta uma evolução nas últimas décadas com a Corte de Justiça da União Europeia, no sentido de padronizar entendimentos jurídicos para garantir direitos fundamentais ao imigrante que pretende viver na Europa.

Mesmo com as Diretivas regulamentadoras da União Europeia e com entendimentos doutrinários e jurisprudências na direção de manter e respeitar os Direitos Humanos para os imigrantes que procuram abrigo nos Estados-membros da União Europeia, percebe-se ainda que há muito que se desenvolver para atingir parâmetros aceitáveis para o grande número de imigrantes que chegam diretamente à Europa.

O maior desafio, talvez, esteja em dois aspectos extremamente relevantes para a efetiva aplicação das normas de proteção aos imigrantes estrangeiros. O primeiro deles seria a abertura de diálogos entre os Estados-membros da União Europeia sobre as demandas existentes, que exigem esforços além de políticos, mas também econômicos, para a manutenção da sobrecarga do recebimento de imigrantes estrangeiros.

O Segundo aspecto, e este talvez mais complicado, seria a argumentação política e social que se poderia dispor junto aos cidadãos chamados nativos, sobre questões relacionadas à solidariedade e respeito mútuo, buscando aplicar-se uma visão cosmopolita de percepção de pertencimento, juntando esforços para afastar o fantasma do estranho e da rejeição desse estranho aliado à xenofobia.

Ambos aspectos estão cada vez mais se afastando das perspectivas políticas e sociais da Europa. Isto se tornou perceptível com o aumento do populismo nas últimas eleições de alguns países europeus, como é o caso da Áustria e da República Tcheca mais recentemente. Estes governos populistas têm seus discursos marcados pelo apelo anti-imigratório e pelo eurocentismo, afastando-se das políticas de interlocução e interação para um processo de integração comunitário ainda mais forte e legítimo.

Nem as Constituições nacionais nem qualquer outro texto equivalente refletem a mudança paradigmática da predominância dos poderes da Soberania nacional e suas autoridades para as formas atuais e abrangentes de cooperação entre Estados-Nação e organizações internacionais. As relações jurídicas entre os Estados-Nação e as organizações internacionais das quais são membros nem sempre são reguladas de maneira completa ou suficiente. Pode haver lacunas nos tratados, e pode haver espaço para várias aplicações dos tratados na prática. As organizações Supranacionais podem ter recebido um escopo de competências que são aplicadas em graus muito diferentes e variados.

Com essa preocupação voltada às garantias jurídicas dos Direitos Humanos, o Constitucionalismo internacional pode ser considerado como um movimento progressivo, que apoia a cooperação internacional através da consolidação entre os estados, e de estruturas organizacionais (formalmente institucionalizadas) que já existem em nível internacional, ou que ainda possam ser criadas.

Os Estados Soberanos estão hoje em uma situação em que partes vitais de suas pré-condições econômicas são resultados de dinâmicas econômicas internacionais e além do controle dos estados. A situação econômica internacional é também resultado das decisões acumuladas de vários governos, corporações e organizações internacionais de maneira que às vezes não possuem a transparência devida.

Há necessidade de uma elaboração jurídica adicional sobre as combinações de constituições nacionais e regimes jurídicos Supranacionais e

Transnacionais. A mudança mais radical é provavelmente a mudança das hierarquias nacionais para uma situação de combinações de instituições e tratados em que a interdependência é uma descrição relacional melhor do que as hierarquias. Outra mudança e desafio vitais diz respeito à legitimidade democrática dos Estados-nação e como estabelecer isso nos níveis Supranacional e Transnacional, especialmente na proteção do Refugiado, para que possa obter abrigo e proteção legal em todos os Estados sob os quais busque Refúgio.

Reconhecer a Migração Internacional como uma realidade multidimensional que afeta o desenvolvimento dos países de origem, trânsito e destino, faz possível a realização do entendimento de que a Migração Internacional é uma questão transversal que deve ser abordada de maneira coerente, ampla e equilibrada pelos Estados.

A tendência atual na evolução das políticas de migração é orientada para o aumento sustentado da seletividade, deixando de lado as pessoas com menos educação e gerando um viés social. Exige uma ênfase sobre essa situação, abrindo o mercado de trabalho de forma igualitária. É necessário continuar a aprofundar a questão da migração a partir da realidade transversal e transnacional.

As preocupações concernentes à União Europeia podem e devem ser levadas a outras regiões do mundo e podem, em percentuais reduzidos, ser observadas no Brasil também. Embora o Brasil seja considerado um país de vanguarda com relação à legislação para o direito de migração e seu povo, em sua maioria, seja considerado um povo acolhedor, ainda existem os mesmos problemas verificados na Europa: rejeição social (xenofobia) e ausência de políticas públicas mais eficazes.

Observadas as questões que tanto apresentam evoluções ao direito de migração, como é o caso da Corte de Justiça da União Europeia e as Diretivas Europeias para os direitos dos Imigrantes, em especial os Refugiados, defende-se a possibilidade de criação de Órgãos Jurisdicionais Transnacionais para o Direito do Refugiado nos moldes de órgãos Transnacionais já existentes, criados institucionalmente, com competência jurídica em nível mundial.

A propósito destas afirmações, apresentou-se como problema do presente trabalho se existe a possibilidade de criação de Órgão Jurisdicional Transnacional para os Direitos de Migração, objetivando dirimir as inobservâncias dos Direitos Humanos, aplicados aos direitos de migração, que são praticadas por diversos países, com legitimidade coercitiva para aplicação de sanções aos governos dos Estados Nacionais que transgridam tais direitos.

Diante do problema apresentado, foi possível observar, através do ordenamento jurídico e da doutrina pesquisada vinculadas ao tema do Direito de Migração e do Refugiado em âmbito Transnacional, que as normativas estão interferindo diretamente nas políticas públicas dos Estados-Nação para a redução de transgressões de Direitos Humanos e garantias de direitos individuais para garantir tais direitos ao estrangeiro, em especial ao Refugiado que, temporária ou permanentemente decide viver em outro Estado que não o seu de origem.

De tal feita, confirma-se a primeira hipótese do trabalho ora apresentado, de que tal observância normativa poderia, e mais que tudo, deveria ser realizada por Órgão Jurisdicional Transnacional específico para proteger o agente em foco: o Refugiado. A confirmação de tal hipótese se dá em razão da falta de convergência de decisões relacionadas à Direitos Humanos em tribunais internacionais, como também, da ausência de Tribunal Jurisdicional Transnacional com competência jurídica para análise dos casos concretos e conflitos relacionados aos Direitos do Refugiado e dos Migrantes em geral.

Com base nos elementos sustentados, entende-se possível a criação de Órgão Jurisdicional Transnacional, sugerindo-se, para essa finalidade, a instituição de um Tribunal Mundial de Direitos dos Refugiados e Migrantes com a competência jurídica de inclusão de normas regulamentadoras no Direito de Migração em âmbito Transnacional como norteadoras, preventivas e propositivas para a preservação dos Direitos Humanos aos Migrantes em nível global.

Com relação a segunda hipótese levantada na pesquisa, observou-se que é possível a relativização da Soberania Estatal em nível mundial em razão do questionamento de que os direitos e deveres estabelecidos nas Constituições

Nacionais, bem como as políticas socioeconômicas adotadas pelos Estados Soberanos, estão à mercê de interferências externas tanto de ordem econômica quanto de ordem jurídica. A questão da Soberania e dos Direitos Humanos são consideradas duas grandes preocupações do direito moderno, isto é, um direito cuja filosofia se articula em torno de uma dinâmica que leva em consideração tanto o respeito como a garantia dos direitos e liberdades fundamentais de todo ser humano em um Estado do qual o povo é o detentor absoluto de Soberania.

De fato, analisando numa abordagem puramente ideológica da questão dos Direitos Humanos, a Soberania do Estado está sendo limitada em razão de possível impedimento de atuação de seu pleno potencial, sob o entendimento de que o exercício desta Soberania não deve constituir uma violação dos Direitos Humanos. Ao fazer isso, a dimensão absoluta da qual a Soberania Estatal está protegida é parte de um processo de sua própria redução de atuação no caminho da relativização de tal Soberania, para colocar em primazia, a proteção dos Direitos Humanos. Com base no raciocínio apresentado, pode-se estabelecer que se encontra confirmada a segunda hipótese do presente trabalho.

Defende-se, portanto, possibilidade da inclusão de normas regulamentadoras no Direito de Migração, em especial ao Refugiado, em âmbito Transnacional como norteadoras, preventivas e propositivas para a preservação dos Direitos Humanos aos migrantes em nível global, vinculadas a Órgãos Jurisdicionais Transnacionais para o Direito do Refugiado.

Poderão ser observadas, através do ordenamento jurídico, da doutrina e jurisprudências vinculadas ao tema do Direito de Migração em âmbito Transnacional, quais normativas estão interferindo diretamente nas políticas públicas dos Estados-nação para a redução de transgressões de Direitos Humanos e garantias de direitos individuais para garantir tais direitos ao estrangeiro que, temporária ou permanentemente, decide viver em outro Estado que não o seu de origem. Tal observância normativa seria realizada por Órgão Jurisdicional Transnacional que pudesse atuar de forma Global, com legitimidade e competência jurídica para tal atuação.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Durval Muniz. **Xenofobia**: medo e rejeição ao estrangeiro. São Paulo: Cortez, 2016.

ARAGON, Manuel. **Constitución y Democracia**. Madrid: Editorial Tecnos, 1989.

ARBLASTER, Anthony. **Democracy**. Maidenhead: Open University Press, 1987.

ARCHIBUGI, Daniele. Cosmopolitan Democracy and Its Critics. *In*: MORRISON, Bruce (Org.). **Transnational Democracy in Critical and Comparative Perspective**: democracy's range reconsidered. Burlington: Ashgate Publishing Company, 2003. p. 191-214.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Título original: *The origins of totalitarianism*.

BALDI, Brunetta. **Stato e Territorio**: federalismo e decentramento nelle democrazie contemporanee. Roma: Laterza, 2003.

BARCELONA, Giuseppina; DI MARIA, Roberto. **Costituzione e Globalizzazione**. Leonforte: Euno Edizioni, 2012.

BARTOLINI, Antonio; PIOGGIA, Alessandra (Org.). Percorsi e prospettive dell'amministrazione dei diritti e dei doveri a 150 anni dalle leggi di unificazione amministrativa. *In*: **Cittadinanze Amministrative**. vol. VIII. Firenze: Firenze University Press, 2016.

BASTIANI, Ana Cristina Bacega de; PELLEZZI, Mayara. Cidadania Transnacional: a integração jurídica na sociedade globalizada. *In*: **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS**. Porto Alegre: UFRGS. v. X. n.2, 2015, p. 242-268. p.262.

BAUMAN, Zygmunt; MAURO, Ezio. **Babel**: entre a incerteza e a esperança. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. Título original: *Babel*.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. Título original: *Globalization: The Human Consequences*.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa Porta**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017. Título original: *Strangers at Our Door*.

BENHABIB, Seyla. **I Diritti degli Altri**: stranieri, residenti, cittadini. Tradução de Stefania de Petris. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2006. Título original: *The Rights of the Others: aliens, residents and citizens*.

BENHABIB, Seyla. **Cittadini Globali: cosmopolitismo e democrazia.** Bologna: Mulino, 2008.

BUELGA, Gonzalo Maestro. La Crisis del Discurso Globalizador. *In: ANDÒ, Biagio; VECCHIO, Fausto. (Cord.). Costituzione, Globalizzazione e Tradizione Giuridica Europea.* Padova: CEDAM, 2012.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade.** Itajaí: UNIVALI, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: por uma teoria geral da política.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. Título original: *Stato, governo, società: per una teoria generale della politica.*

BODIN, Jean. **Os Seis Livros a República** - livro primeiro. Tradução: José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011. Título original: *Les Six Livres de la République – Livre Premier.*

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade.** Itajaí: UNIVALI, 2012.

BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar; QUINTERO, Jaqueline Moretti. Transnacionalidade e civilização empática: principais desafios. **Para além, do Estado Nacional: dialogando com o pensamento de Paulo Márcio Cruz.** 1ed. Florianópolis: EMais, 2018. p. 149-160.

BORGES, Leonardo Estrela. **O Direito Internacional Humanitário.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BRASIL. **Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvTortTratPenCruDesDegr.html>> Acessado em: 23.04.2018.

BRASIL. **Ministério dos Direitos Humanos.** Conselho Nacional dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/old/cndh/noticias/plenario-do-cndh-aprova-recomendacao-emergencial-sobre-direitos-de-imigrantes-venezuelanos-no-brasil.>> Acessado em: 22.05.2018.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA DO BRASIL. Casa Civil. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/operacao-acolhida/documentos/policia-federal-migracao-em-roraima-9-de-maio-de-2018/view>>. Acessado em 25/07/2018.

BRASIL. **Secretaria de Economia e Emprego.** Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/12/numero-de-trabalhadores-imigrantes-no-pais-cresceu-131> <Acessado em 12.10.2017>

BRASIL. **Secretaria de Cidadania e Justiça**. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/02/conselho-de-imigracao-aprova-mais-de-900-pedidos-de-permanencia-no-brasil> <Acessado em 12.10.2017>

BRITO, Wladimir. **Direito Internacional Público**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CAGGIANO, Giandonato. L'Integrazione dei migrante fra soft-law e atti legislativi: competenze dell'Unione europea e politiche nazionali. In: CAGGIANO, Giandonato (Org.). **I Percorsi Giuridici per L'Integrazione** – migranti e titolari di protezione Internazionale tra diritto dell'Unione e ordenamento italiano. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014.

CAGGIANO, Giandonato. Are You Syrious? Il diritto europeo delle migrazioni dopo la fine dell'emergenza alla frontiera orientale dell'Unione. In: **Rivista giuridica on line Freedom, Security & Justice: European Legal Studies**. Napoli: Tribunale di Nocera Inferiore, n° 3, del 3 marzo 2017. p. 7-25.

CAPONI, Remo. Controversie Transnazionali ed Elementi di Giusto Processo. In: **Relazione Generale al XIV Convegno Mondiale dell'Associazione Internazionale di Diritto Processuale**. Heidelberg, 26-30 luglio 2011.

CALAMIA, Antonio M.; DI FILIPPO, Marcello; GESTRI, Marco. **Immigrazione, Diritto e Diritti**: profili internazionalistici ed europei. Padova: CEDAM, 2012.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**. 2. ed. rev. atual. – Brasília: FUNAG, 2017.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana**. Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados. Gênêbra: Comitê Internacional da Cruz Vermelha. 2004. Disponível em: <https://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/direitos-da-pessoa-humana.htm>. Acessado em 11/07/2018.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Aproximaciones y convergencias revisitadas: diez años de interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados, y el derecho internacional humanitario (De Cartagena/1 984 a San José/1 994 y México/2004). In: DURANGO, Andrea (Cord.). **La Protección Internacional de Refugiados en las Américas**. Quito: Mantis, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Principios y “Nuevos Constitucionalismos” - el problema de los nuevos principios. *In: Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Rioja/ES: Año 7. Núm. 14. julio-diciembre/2010. p. 321-364.

CATONI, Marcelo. **Constitucionalismo e Historia do Direito**. Curitiba: Pergamum, 2011.

CARENS, Joseph. **The Ethics of Immigration**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

CASTELLANO, Danilo. **Costituzione e costituzionalismo**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.

CASTLES, Stephen; MILLER, Mark J. **La era de la migración: movimientos internacionales de población en el mundo moderno**. Mexico: Miguel Ángel Porrúa Editor, 2004.

COEHN, Jean L. **Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2003.

DAHL, Robert Alan. **Sobre a Democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2001. Título original: *On Democracy*.

DAHL, Robert. **A Democracia e seus Críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Título original: *Democracy in its Critics*.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DEL CABO, Antonio; PISARELLO, Gerardo (Org.). **Constitucionalismo, Mundialización y Crisis del Concepto de Soberanía: algunos efectos em América Latina y en Europa**. Alicante: Universidad de Alicante, 2000.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um Direito Comum**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Título original: *Pour un Droit Commun*

DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. Madrid: Taurus Ediciones, 1983.

EARNEST, David C. **Old Nations, New Voters: nationalism, transnationalism and democracy in the era of global migration**. Albany (NY): State University of New York Press (SUNY), 2008.

FAIST, Thomas; ÖZVEREN, Eyüp. **Transnational social spaces: agents, networks and institutions**. Ashgate: Burlington, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *La sovranità nel mondo moderno*

FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica. *In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. v. 2, n.2, jul-dez.2010. p 96-111.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2007. Título original: *Costituzione*

GALINDO, Bruno. **Teoria Intercultural da Constituição**: A transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Europeia e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

GELLNER, Ernest. **Naciones y Nacionalismo**. Tradução de Javier Seto. Madrid: Alianza Editorial, 2001. Título original: *Nations and Nationalism*.

GIDDENS, Anthony; HUTTON, Will. (Org.) **No limite da Racionalidade**: Convivendo com o capitalismo Global. Tradução: Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Record, 2004. Título original: *On the edge*

GUILD, Elspeth. Fronteras en Movimiento: ¿hacia dónde va la Seguridad cuando la soberanía migra?. *In: REMHU, Rev. Interdiscip. Mobil. Hum., Brasília*, v. 25, n. 51, dez. 2017, p. 109-12.

GRAZIANO, Manlio. **Frontiere**. Bologna: Mulino, 2017.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. Título original: *Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*

HABERMAS, Jürgen. **Mas allá del Estado Nacional**. Tradução e introdução de Manuel Jiménez Redondo. 4.ed. Madrid: Trotta, 2008. Título original: *Die Normalität einer Berliner Republik*.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional** - Ensaio Político. Tradução de Marcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título original: *Die postnationale konstellation: politische essays*.

HABERMAS, Jürgen. **O Ocidente Dividido**: pequenos escritos políticos X. Tradução de Bianca Tavolari. São Paulo: Editora UNESP, 2016. Título original: *Der gespaltene Westen: Kleine Politische Schriften X*.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Título original: *Faktizität und Geltung: Beiträge zur diskurstheorie des rechts und des demokratischen rechtsstaats*.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 4. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005. Título original: *Concept of Law*.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo : Mestre Jou, 1968. Título original: *Staatslehre*.

HERMANN, Breno. **Soberania, não intervenção e não indiferença**: reflexões sobre o discurso diplomático brasileiro. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011.

HOBBS, Thomas. **Leviatã** - ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de Rosina D'Angina. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2014. Título original: *Leviathan*.

HUNT, Lynn. **A invenção dos Direitos Humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Título original: *Inventing Human Rights — A history*.

HUNTINGTON, Samuel P. **O Choque de Civilizações** – e a recomposição da ordem mundial. Tradução de M. H. C. Côrtes. São Paulo: Objetiva, 1997. Título original: *Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*.

IBÁÑEZ ANGULO, Mónica (2008). De la identidad nacional a la ciudadanía Transnacional: Procesos migratorios y espacios Transnacionales. *In: Nuevos retos del Transnacionalismo en el estudio de las migraciones*. Barcelona. Disponível em: <<http://docsGEDIME.files.wordpress.com/2008/02/monicaibanez.pdf>>. Acessado em: 20 de julho de 2017.

ITZCOVICH, G. **Teorie e Ideologie del Diritto Comunitario**. Torino: Giappichelli. 2006.

JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Tradução de Fernando de los Rios. 2. ed. Buenos Aires: Albatros, 1970. Título original: *Allgemeine Staatslehre*

JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965. Título original: *Transnational Law*.

KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua**. Tradução de Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2008. 96 p. Título original: *Zum Ewigen Frieden*.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Título original: *Reine Rechtslehre*.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Título original: *General Theory of Law and State*.

KERBAY, Maria Teresa Miceli; TRUZZI, Oswaldo. Globalização, Migrações Internacionais e novos Desafios à Cidadania. *In: Revista Perspectivas*. São Paulo, v. 31, jan./jun. 2007. p. 123-135.

KOHN, Hans. **A Era do Nacionalismo**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura Brasil, 1963. Título original: *The age of Nationalism*.

LOCCHI, Maria Chiara. **I Diritti degli Stranieri**. Roma: Carocci editore, 2015.

LOLLO, Andrea. **Eguaglianza e Cittadinanza** – la vocazione inclusiva dei diritti fondamentali. Milano: Giuffrè Editore, 2016.

MANCINI, Pasquale Stanislao. **Direito Internacional**. (Direito Internazionale. Prelezione). Ijuí: Unijuí, 2003.

MATTEUCCI, Nicola. **Organizzazione del potere e libertà**. Storia del costituzionalismo moderno. Bologna: Mulino, 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional público**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MCCRONE, D., & Kiely, R. **Nationalism and Citizenship**. Sociology, 2000.

MIGLINO, Arnaldo. **Il Colore della Democrazia**. Roma: M.C.R. Editrice, 2006.

MINKENBERG, Michael. **Religious Effects on the Shaping of Immigration Policy in Western Democracies**. abr. 2004. Disponível em: <<http://www.essex.ac.uk/ecpr/events/jointsession/paperarchive/uppsala/ws16/minkenberg.pdf>> Acesso em: 14 dez. 2016.

MORIN, Edgar; HESSEL, Stéphane. **O Caminho da Esperança**. Trad. Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2012.

MOSLEMI, Behrooz; BABAEIMEHR, Ali. Principle of Sovereign Equality of States in the Light of the Doctrine of Responsibility to Protect. *In: International Journal of Humanities and Cultural Studies*. Dez/2015. p. 687-697. Disponível em: <http://www.ijhcs.com/index.php/ijhcs/index>. Acessado em < 27.06.2018 >

NEVES, Marcelo (Coord.). **Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

NEVES, Marcelo. **(Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões**. *In: Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 93, São Paulo set./dez. 2014. P.201-232.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> < Acessado em 23/08/2017 >

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/>. Acessado em <25/06/2018 >

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias**. Disponível em: < <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Conven%C3%A7%C3%A3o-Internacional-para-a-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Direitos-Humanos-de-todos-os-Trabalhadores-Migrantes-e-Membros-de-suas-Fam%C3%ADlias.pdf>> Acessado em: 12/08/2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Agência da ONU para Refugiados**. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/apatridas/o-que-e-a-apatridia/> <Acessado em 12.10.2017>

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951**. Disponível em: < http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_a_o_Estatuto_dos_Refugiados.pdf >. Acessado em 13.04.2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Agência da ONU para Refugiados**. Líderes mundiais expressam forte apoio ao novo acordo sobre refugiados na Assembleia Geral da ONU. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2018/09/27/lideres-mundiais-expressam-forte-apoio-ao-novo-acordo-sobre-refugiados-na-assembleia-geral-da-onu/>>.

PANNUNZIO, Eduardo. **Judicialização das Relações Internacionais**: a força do princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2014.

PANZERA, Claudio *et alli* (Org.). **Metamorfosi della Cittadinanza e Diritti degli Stranieri**. Napoli: Editoriale Scientifica S.r.l., 2016.

PARLAMENTO EUROPEU. **Resolução do Parlamento Europeu, de 17 de maio de 2017, sobre a situação na Hungria (2017/2656(RSP))**. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0216+0+DOC+XML+V0//PT>>. Acessado em 30.10.2017.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013.

PEGORARO, Lucio; FROSINI, Justin O. (Org.). **Gli stranieri e i diritti**: Europa e Nord America a confronto. Bologna: \libreria Bonomo Editrice, 2004.

PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism In Action. *In: The Columbia Journal of European Law*. Vol. 15, N. 3, Summer/2009. p. 349-407.

PINTORE, Anna. **I Diritti della democrazia**. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli Spa. 2003.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Rossana Rocha. **Políticas de IMigração na França e nos Estados Unidos (1980-1998)**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild, 2007.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 13. ed. rev., aumen. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

RIDOLA, Paolo. Il Costituzionalismo e lo Stato Costituzionale. *In*: **Rivista Nomos**. N. 3. Novembre/2017. p. 1-16. Disponível em: <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/05/Ridola.pdf>. Acessado em: <23.04.2018>

RIFKIN, Jeremy. **A Civilização da Empatia**. Disponível em: <<https://umlivrodosdias.wordpress.com/2014/09/27/a-civilizacao-da-empatia/>> Acessado em:17.07.2017

ROLLA, Giancarlo. El desarrollo del regionalismo asimétrico y el principio de autonomía en los nuevos sistemas constitucionales: un acercamiento comparativo. *In*: **Revista de derecho constitucional europeo**, Nº. 8, 2007, págs. 243-260. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2578863>. Acessado em: <05/09/2017>.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**: Ensaio sobre a Origem das Línguas: Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens: Discurso sobre as Ciências e as Artes. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Título original:

RUIPÉREZ, Javier. **Proceso Constituyente, Soberanía y Autodeterminación**. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2003.

SANDE, Inger-Johanne. **From National Sovereignty to International and Global Cooperation**: The Changing Context and Challenges of Constitutional Law in a Global Society. Estocolmo: Scandinavian Studies in Law, Vol. 52, 2007, p. 274-298.

SAN MARTINO, Laura Dromi. **Derecho Constitucional de La Integración**. Buenos Aires: Editora Ciudad Argentina, 2002.

SANTIN, Janaína Rigo. O provedor de justiça europeu e a democratização das instituições comunitárias. *In*: **Revista Brasileira de Políticas Internacionais**. 55 (2): 152-169, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SARAIVA, José Flávio Sombra (Org.). **História das Relações Internacionais Contemporâneas**: a sociedade internacional do século XIX à era da globalização. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SCHMITT, Carl. **Dottrina della Costituzione**. Tradução de Antonio Caracciolo. Milano: Giuffrè Editores, 1984.

SCIORTINO, Giuseppe. **Rebus Immigrazione**. Bologna: Il Mulino, 2017. SILVA

SOARES, Guido Fernando. Os Direitos Humanos e a Proteção dos Estrangeiros. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: USP, v. 99, 2004. p. 403-460. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67631/7024>. Acessado em 11/07/2018.

SILVA, Wanise Cabral; AMARAL, Nemo de Andrade. **A Imigração na Europa: a ação política da União Europeia para as migrações extracomunitária**. *In: Seqüência* (Florianópolis), n. 66, p. 235-259, jul. 2013.

SMITH, Anthony D. **National Identity**. Londres: Penguin. 1991.

SOYSAL, Yasemin Nuhoglu. **Limits of Citizenship: migrants and postnational membership in Europe**. Chicago/US: University of Chicago Press, 1995.

STELZER, Joana. **União Europeia e Supranacionalidade: desafio ou realidade?** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

STROZZI, Girolamo (Org.). **Diritto dell'Unione Europea – parte speciale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2015.

TEUBNER, Gunther. Costituzionalismo della Società Transnazionale. *In: Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti*. Rivista N°: 4/2013. p. 1-12. Disponível em: <http://www.rivistaaic.it/> <Acessado em 31/07/2018>

TRIGGIANI, Enio (a cura di). **Le Nuove Frontiere della Cittadinanza Europea**. Bari: Cacucci Editore, 2011.

TOURAINÉ, Alain. **Nation, nationalism and citizenship**. *European Review*, 3(4), 273-286. 1995.

TÜRK, Erika Feller Volker; NICHOLSON, Frances (Org.). **Protección de los Refugiados en el Derecho Internacional**. Barcelona: Icaria Editorial, 2010. p. 3-5. Título original: *Refugee Protection in International Law*.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva n.º 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, e o direito dos cidadãos comunitários ao reagrupamento familiar. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e5ebed33-81fb-46e3-bfb4-cffee656f292.0018.01/DOC_65&format=PDF. Acessado em: <12/07/2018>

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT>. Acessado em 15.08.2017.

UNIÃO EUROPEIA. **Acervo de Schengen** - Convenção de aplicação do Acordo de Schengen, de 14 de Junho de 1985, entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa

relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:JOL_2000_239_R_0001_01&from=PT>. Acessado em: 22.09.2017.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado da União Europeia**. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/eu_citizenship/consolidated-treaties_pt.pdf> Acessado em 30.03.2018.

UNIÃO EUROPEIA. **CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA (2000/C 364/01), de 18.12.2000**. Disponível em www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf <acessado em 21.10.2017>

VALLET, Elisabeth (Org.). **Borders, Fences and Walls: State of insecurity?**. New York: Routledge, 2014.

VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2014.

VARELLA, Marcelo. **Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade**. Tese para obtenção do título de Livre-Docência em Direito Internacional. São Paulo: UPS. 2012.

VECCHIO, Fausto. **Primazia del Diritto Europeo e Salvaguardia delle Identità Costituzionali: effetti asimetrici dell'europizzazione dei controlimiti**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.

VELASCO, Manuel Diez de. **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 13. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2001.

VERDECCHIA, Anna Lisa. **Lo Stato Partner-cosmopolitico: origine e regimi normativi di partnership e human rights**. Salerno: Bruno Libri, 2011.

VIADÉL, Antonio Colomer. **Constitución, Estado y Democracia en el Siglo XXI**. 2. ed. Valencia: Editorial Nomos, 2003.

VIOLA, Francesco (Org.). **Lo Stato Costituzionale di Diritto e le Insidie del Pluralismo**. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2012.

VON BERNATH, Javier Wilenmann. **El Camino de la Teoría Pura del Derecho - la obra de kelsen en el contexto de la filosofía del derecho del siglo XIX y del neokantismo**. Santiago/Chile: Revista de Estudios de la Justicia, Nº 20, mayo, Año 2014, p. 35-65.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma História das Ideias jurídicas**. Da Antiguidade Clássica à Modernidade. Florianópolis: Boiteux, 2006.

WOOD, William B.; DEMKO, George J. **Reordering the world: geopolitical perspectives on the twenty-first century**. 2. ed. Colorado: Westview, 1999, p. 154-170.

YEH, Jiunn-Rong; CHANG, Wen-Chen. **The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions.** Penn State International Law Review: Vol. 27: No. 1, Article 4. Disponível em: <http://elibrary.law.psu.edu/psilr/vol27/iss1/4>. Acessado em 15.02.2018.

ZOLO, Danilo. **I Signori della Pace:** uma crítica del globalismo giuridico. Roma: Carocci Editore, 1998.