

ISBN 978-65-01-20106-1

2024

Rafael Padilha dos Santos
Jaqueline Moretti Quintero
Maria Chiara Locchi

Organizadores

DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO DIREITO DAS MIGRAÇÕES E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS MIGRATÓRIAS



PPGDMT - Programa de Pós-Graduação em
Direito das Migrações Transnacionais



A.D. 1308
unipg
DIPARTIMENTO
DI GIURISPRUDENZA



PPCJ - Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica

Reitor

Valdir Cechinel Filho

Vice-Reitoria de Graduação

José Everton da Silva

Vice-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão

Rogério Corrêa

Organizadores

Rafael Padilha dos Santos

Jaqueline Moretti Quintero

Maria Chiara Locchi

Editor / Projeto Editorial

Alexandre Zarske de Mello

Capa

Alexandre Zarske de Mello

Revisão

Pedro Gabriel Cardoso Passos

Comitê Editorial E-Books/PPCJ – UNIVALI**Presidente**

Dr. Alexandre Morais da Rosa

Diretor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Membros

Dr. Bruno Smolarek (UNIPAR)

Dra. Flávia Novera Loureiro (UMINHO/PORTUGAL)

Dr. Daniele Porena (UNIPG/ITÁLIA)

Dr. Pedro Jose Femenia Lopez (UA/ESPANHA)

Dr. Javier Gonzaga V. Hernandez (UCALDAS/COLÔMBIA)

Dr. Clovis Demarchi (UNIVALI)

Dr. José Everton da Silva (UNIVALI)

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UNIVALI)

Dr. Márcio Ricardo Staffen (UNIVALI)

Créditos

Este E-book foi possível por conta do Comitê Editorial E-books/PPCJ - UNIVALI composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz e Alexandre Morais da Rosa e pelo Diretor Executivo Alexandre Zarske de Mello

ISBN 978-65-01-20106-1

FICHA CATALOGRÁFICA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Desafios e perspectivas do direito das migrações e das políticas públicas migratórias [livro eletrônico] / organização Rafael Padilha dos Santos...[et al.]. -- 1. ed. -- Itajaí, SC : Ed. dos Autores, 2024.
PDF

Vários autores.

Outros organizadores: Jaqueline Moretti Quintero, Massimiliano Minelli, Maria Chiara Locchi.

Bibliografia.

ISBN 978-65-01-20106-1

1. Direitos humanos (Direito internacional)
2. Emigração e imigração - Legislação 3. Migrações humanas 4. Migração - Leis e legislação 5. Refugiados - Cooperação internacional 6. Refugiados - Direitos fundamentais 7. Políticas públicas I. Santos, Rafael Padilha dos. II. Quintero, Jaqueline Moretti. III. Minelli, Massimiliano. IV. Locchi, Maria Chiara.

24-234734

CDU-341:347.121.1

Índices para catálogo sistemático:

1. Migrantes e refugiados : Direitos fundamentais dos refugiados no Brasil : Direito internacional dos direitos humanos
341:347.121.1

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

O TRATAMENTO JURÍDICO DAS DIVERSIDADES CULTURAIS NOS PAÍSES EUROPEUS DE IMIGRAÇÃO: A ABORDAGEM INTERCULTURAL

Maria Chiara Locchi

Tradução: Rafael Padilha dos Santos

1. O PAPEL DO DIREITO COMPARADO NA REGULAÇÃO JURÍDICA DA DIVERSIDADE CULTURAL

Nos Estados constitucionais europeus as migrações internacionais já assumiram um caráter de estabilidade, contribuindo para promover importantes transformações nos sistemas sociais e políticos, bem como nos próprios ordenamentos jurídicos dos países de destino. Em particular, as transformações que serão aqui consideradas com maior atenção são aquelas produzidas pelo aumento do pluralismo cultural e religioso: a superdiversidade¹ das sociedades europeias contemporâneas, longe de afetar exclusivamente a componente estrangeira da população, cada vez interessa mais aos próprios cidadãos, rearticulando a fisionomia da cidadania nacional como uma condição jurídica conectada a um pertencimento tradicionalmente concebido em um sentido monocultural.

As abordagens adotadas pelos países europeus de imigração foram investigadas, numa perspectiva comparativa, à luz da amplitude e das modalidades do reconhecimento das diferenças culturais e religiosas, delineando múltiplos "modelos" (por exemplo, o modelo "etnocultural" alemão, o modelo "assimilacionista" francês, o modelo "multicultural" inglês)² e evidenciando o papel diferente atribuído, nos vários ordenamentos, ao legislador ou ao juiz na resolução de conflitos culturais (como a contraposição, por exemplo, entre o modelo francês, caracterizado por "blindagens legislativas", e o modelo alemão, mais orientado para decisões judiciais "abertas")³.

A contribuição da comparação jurídica, segundo esta perspectiva, refere-se ao estudo e à classificação dos atos normativos, estatais (Constituições, leis, fontes infralegislativas) e supraestatais (convenções internacionais, direito da União Europeia), bem como das decisões jurisprudenciais dos tribunais, nacionais e supranacionais. As visões de mundo, práticas, costumes, institutos relacionados ao diverso pertencimento cultural e/ou religioso, que constituem o objeto dessa produção jurídica, geralmente são considerados estranhos à investigação do jurista

¹ Para o conceito de "super-diversità" consultar: S. Vertovec, *Super-diversity and its implications*, in *Ethnic and Racial Studies*, 6/2007 que destaca como as sociedades de imigração contemporânea ocidentais são caracterizadas por um processo de "diversificação da diversidade", entendido não apenas em termos de uma multiplicação dos grupos étnicos e dos países de origem dos migrantes, mas também no sentido da multiplicação das variáveis significativas que incidem sobre "onde, como e com quem vivem" esses novos cidadãos, 1025.

² Sobre esses modelos consultar: M.C Locchi, *I diritti degli stranieri*, Carocci, Roma, 2011, 167 e seguintes.

³ E. Olivito, *Giudici e legislatori di fronte alla multiculturalità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, maggio 2011, www.statoechiese.it.

ocidental, que apenas eventualmente e lateralmente se interessa por elas, fazendo referência a estudos de antropólogos e sociólogos do direito.

Nos últimos anos, por outro lado, no âmbito da literatura jurídica comparada, consolidou-se uma linha de estudos que parece valorizar mais o que tem sido chamado de "ponto de vista externo" do comparatista em relação ao objeto de seu estudo, um ponto de vista que permite investigar o fenômeno jurídico em sua pluralidade e diversidade, empiricamente constatando e criticamente descrevendo suas dinâmicas, em vez de participar "do momento da prescrição sobre as modalidades de seu funcionamento"⁴.

Se nos colocarmos, portanto, fora dos objetos a serem investigados - e, em particular, se é utilizada como lente de observação o nexo entre identidade cultural e direito - será possível ver que o "direito" não se limita ao direito do Estado (ou de outras instituições assemelhadas ao Estado em termos de formas institucionais e processos de produção do direito). Pelo contrário, será possível identificar o espaço jurídico no qual nos movemos diariamente como povoado por atores, normas jurídicas, mecanismos de regulação das relações sociais e de resolução de controvérsias para além do direito do Estado e também na ausência de um reconhecimento oficial por parte do direito do Estado. Do ponto de vista externo, de fato, surgirão normas "jurídicas" (porque são consideradas como tais pelos indivíduos e grupos dentro dos quais são produzidas e observadas), normas que, do ponto de vista interno, tenderíamos a considerar como normas "sociais", "culturais", "religiosas"⁵.

Neste cenário articulado, podem surgir problemas de coexistência e de compatibilidade entre práticas e instituições relacionadas a culturas jurídicas diferentes, em relação aos quais o direito comparado desempenha um papel crucial.

Uma primeira e importante função desempenhada pela comparação é de natureza cognitiva, na medida em que contribui para decifrar a existência e o funcionamento de diversos ordenamentos jurídicos, mesmo não oficiais, e analisar as formas de interação com as fontes jurídicas oficiais. Por exemplo, será possível observar que tais interações não necessariamente assumem um caráter conflituoso, podendo também resultar em alguma forma de coexistência ou até mesmo de hibridização⁶.

O papel do direito comparado pode ser particularmente útil também em um nível mais propriamente operacional, na medida em que o conhecimento crítico das características e dinâmicas de interação dos diferentes ordenamentos jurídicos que coexistem dentro dos limites

⁴ A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014, 25; L. Pegoraro, *Diritto costituzionale e diritto pubblico comparato: una convivenza more uxorio?*, in M. Carbonell, J. Carpizo, D. Zovatto (coord.), *Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*, Unam, México, 2009, 798-799. La distinzione tra un punto di vista "interno ed esterno" è ripresa dalle pagine di Uberto Scarpelli dedicate al metodo giuridico, U. Scarpelli, *Il metodo giuridico*, in *Rivista di diritto processuale*, 4/1971, 559 ss.

⁵ O caso de estudo privilegiado, a partir desta perspectiva, é sem dúvida o do Islã europeu, ou seja, das comunidades de migrantes e de cidadãos de fé islâmica que vivem nos países europeus e cuja identidade cultural e religiosa pode configurar-se como pertencente também a um sistema jurídico autônomo. Como membros de um determinado grupo cultural e religioso, os migrantes e, cada vez mais frequentemente, os próprios cidadãos europeus de fé islâmica, podem optar por regular algumas relações interpessoais (em particular, no âmbito do chamado estatuto pessoal) à luz de normas jurídicas de matriz xiita. Isso é explicável à luz do fato de que o Islã não é apenas uma religião, mas um "sistema complexo" caracterizado também por uma dimensão jurídica: diferente da tradição jurídica ocidental, o direito islâmico tem caráter confessional, pessoal e extraterritorial, com a consequência de que aqueles que se reconhecem na *umma* muçulmana são obrigados a observar as normas jurídicas de origem religiosa, independentemente do local em que se encontram. Sobre as muitas questões jurídicas relacionadas à presença estável das comunidades islâmicas na Europa, consultar: A. Rinella, *La shari'a in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti*, il Mulino, Bologna, 2020.

⁶ Um exemplo paradigmático é a chamada "*angrezi shariat*" enquanto "*expedient combination of Muslim and English law*" no ordenamento inglês, conforme: D. Pearl, W. Menski, *Muslim Family Law*, Sweet and Maxwell, London, 1998, p. 277.

do Estado (o estadual e os chamados *minority legal orders*⁷) é funcional à construção de um "direito intercultural".

2 ESTRATÉGIAS MULTICULTURAIS E INTERCULTURAIS: OS ELEMENTOS DIFERENCIAIS

Para compreender as peculiaridades da abordagem "intercultural" na regulação da coexistência de diferentes ordenamentos jurídicos de matriz cultural e religiosa, é necessário focar nas diferenças que esse modelo apresenta em relação a outros paradigmas de gestão do pluralismo associado à migração nos Estados constitucionais liberais-democráticos - paradigmas que correspondem a diferentes princípios, regras e mecanismos de resolução de conflitos⁸.

Partindo do pressuposto de que uma abordagem orientada para a assimilação forçada daqueles que expressam identidades diferenciadas não é compatível com os princípios e direitos fundamentais relacionados ao constitucionalismo liberal-democrático (com especial referência ao próprio princípio pluralista, aos princípios de igualdade e não discriminação, à liberdade religiosa e à autodeterminação)⁹, o enfoque centrado no reconhecimento e valorização das diferenças pode ser, por outro lado, abordado de formas diferentes.

Não sendo possível discorrer aqui sobre o enorme debate sobre os fundamentos e limites, bem como sobre a própria denominação, das diferentes abordagens à gestão do pluralismo cultural e religioso nos Estados ocidentais de imigração¹⁰, será feito brevemente referência ao modelo "multicultural", a fim de destacar mais eficazmente a diferente proposta, em termos de valores e técnico-jurídicos, do direito "intercultural".

É geralmente aceito que o termo "multiculturalismo" possa ser utilizado tanto, descritivamente, referindo-se a um estado de fato caracterizado pelo pluralismo (social, cultural, étnico, religioso) das sociedades contemporâneas, quanto, em uma ótica prescritiva, como um modelo que implica o ajuste político por parte do Estado e/ou de um grupo dominante das diferentes culturas minoritárias. As teorias multiculturalistas, desenvolvidas no mundo anglófono a partir dos anos 60 e 70 do século passado, pretendiam superar a oposição dicotômica entre liberais e comunitaristas em relação ao papel a ser atribuído à comunidade (cultural, étnica, religiosa) em relação aos direitos do indivíduo: se a posição liberal se baseia na ideia de que a proteção do indivíduo deve prevalecer sobre a comunidade, a abordagem comunitarista valoriza o papel do grupo na construção das categorias cognitivas e morais com as quais o indivíduo se move na sociedade. O canadense Will Kymlicka, considerado um dos principais teóricos do multiculturalismo, elaborou modelos e propostas que se inserem no pensamento comunitário, mas também são amplamente devedores do modelo liberal centrado nos direitos do indivíduo e no princípio de igualdade¹¹.

⁷ M. Malik, *Minority Legal Orders in the UK. Minorities, Pluralism and the Law*, The British Academy, London, 2002.

⁸ Sobre diferentes modelos e mecanismos de gestão das diferenças culturais e religiosas nos Estados ocidentais de imigração, consultar: M.F. Cavalcanti, *Giurisdizioni alternative e legal pluralism: le minoranze islamiche negli ordinamenti costituzionali occidentali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023.

⁹ L. Orgrad, *The Cultural Defense of Nations: A Liberal Theory of Majority Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 7.

¹⁰ Para uma eficaz reconstrução de muitos perfis sobre tal debate, consultar: E. Stradella, *Multiculturalismo e diritti delle donne: una riflessione, nella prospettiva del costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, 2-2021, p. 161-3017.

¹¹ W. Kymlicka, *La cittadinanza multiculturale*, 1999 (ed. or. 1995) e *Multicultural Odysseys. Navigating the new international politics of diversity*, Oxford, 2007.

A tarefa de encontrar um ponto de equilíbrio entre o reconhecimento da dimensão comunitária e a tutela da liberdade de autodeterminação individual, por outro lado, revela-se particularmente difícil, produzindo verdadeiros paradoxos como o descrito por Ayelet Schachar em relação à "vulnerabilidade multicultural": o risco, de fato, é que os sujeitos vulneráveis dentro do grupo minoritário, especialmente mulheres e crianças, se vejam pressionados pela difícil alternativa entre a tutela de seus direitos individuais definidos com bases universalistas (sem uma consideração adequada de sua qualidade de membros de uma minoria cultural ou religiosa) e a valorização dos direitos do grupo em detrimento dos do indivíduo (a começar pelo direito fundamental de "saída do grupo")¹².

O vibrante debate sobre os méritos e limitações da opção multicultural também é permeado pela crítica fundamental de revelar a armadilha na qual muitos correm o risco de cair, independentemente das conclusões, mais ou menos liberais, às quais chegam - ou seja, uma visão essencialista do que é "cultura" e "identidade cultural", uma visão que não leva em conta adequadamente a complexidade e a multidimensionalidade da cultura, bem como a natureza irremediavelmente plural, porosa e fluida da identidade cultural¹³.

No que diz respeito aos instrumentos de regulação jurídica e às técnicas de resolução de conflitos, o modelo multicultural se caracteriza substancialmente pela possibilidade de realizar tratamentos diferenciados em favor dos grupos minoritários, admitindo, portanto, exceções à "regra" estabelecida pelo direito nacional formulado em termos gerais e universais¹⁴.

Além da avaliação sobre o efetivo fracasso do modelo multicultural, sobre o qual é impossível falar singularmente, é inegável que tais políticas tenham enfrentado nos últimos anos duras críticas e muitas vezes tenham sido abertamente negadas, pelo menos em termos de declarações oficiais, nos países ocidentais de imigração nos quais o multiculturalismo está associado, especialmente, à coexistência com comunidades de maioria muçulmana¹⁵.

Associada ao afastamento do "discurso diferencialista" que permeia as políticas multiculturalistas, surge, em vez disso, uma crescente atenção ao conceito de "interculturalismo" (ou "interculturalidade"), tanto no âmbito das políticas institucionais quanto no debate acadêmico.

O conceito de interculturalismo, a partir do uso do prefixo "inter-", é marcado pela tentativa de superar o risco de essencialismo e "isolamento comunitarista" associado ao multiculturalismo, em direção ao diálogo, interação entre diferentes, coesão e mútuo respeito,

¹² A. Schachar, *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 3-9.

¹³ Alguns desses argumentos são trabalhados, por exemplo, por A. Sen, *Identità e violenza*, Roma-Bari, 2006, p. 45 e seguintes; F. Remotti, *Contro l'identità*, Laterza, Roma-Bari, 2007, 104; M. Bettini, *Contro le radici. Tradizione, identità, memoria*, il Mulino, Bologna, 2011, p. 6-10 e p. 28-29.

¹⁴ Pense, por exemplo, nas políticas de promoção da língua minoritária no contexto educacional; nas chamadas "ações afirmativas" em favor das minorias étnicas e religiosas, que podem incluir quotas de emprego no setor público, incentivos à contratação no setor privado e medidas para promover o acesso aos serviços sociais pelos membros dos grupos minoritários; no reconhecimento de uma verdadeira autonomia normativa e jurisdicional em determinadas áreas, com a possibilidade para os membros da minoria de aplicar seu próprio direito tradicional e/ou religioso e de ver as disputas resolvidas por juizes tradicionais e/ou religiosos. Sobre as políticas multiculturais adotadas pelos países europeus e sobre a crise do modelo multicultural nos últimos anos, consulte, entre outros: G. Cerrina Feroni, V. Federico (a cura di), *Società multiculturali e percorsi di integrazione Francia, Germania, Regno Unito ed Italia a confronto*, Firenze University Press, Firenze, 2017, e R. Chin, *The Crisis of Multiculturalism in Europe. A History*, Princeton University press, Princeton and Oxford, 2017.

¹⁵ W. Kymlicka, *Multiculturalism: Success, failure, and the future*, Migration Policy Institute, Washington, 2012; C. Joppke, *Is Multiculturalism Dead?*, Malden, 2017, p. 43 e seguintes, que estigmatiza o caráter muitas vezes simplificante das reconstruções do conceito de "multiculturalismo" e assinala o caráter retórico de muitas declarações que reconheceram a sua superação.

para realizar não tanto a coexistência das diferenças, mas sim uma síntese que dê origem a novas identidades internamente plurais¹⁶.

No plano institucional é necessário mencionar a posição do Conselho da Europa, que propõe considerar o paradigma intercultural como uma espécie de *tertium genus* em relação aos dois modelos assimilacionista e multiculturalista. No Livro Branco sobre diálogo intercultural, enfatiza-se como o interculturalismo «takes from assimilation the focus on the individual; it takes from multiculturalism the recognition of cultural diversity. And it adds the new element, critical to integration and social cohesion, of dialogue on the basis of equal dignity and shared values»¹⁷. A ideia do "diálogo intercultural", que deve se traduzir em uma governança democrática da diversidade cultural que envolva os aspectos da participação e cidadania democrática, foi posteriormente desenvolvida com a *Recomendação 261 (2009) sobre cidades interculturais* do Congresso dos poderes locais e regionais do Conselho da Europa e com a *Recomendação do Comitê de Ministros sobre integração intercultural (2015)*¹⁸.

Os estudos comparativos também nos permitem apreciar a complexidade interna do conceito de "interculturalidade" como atributo das políticas estatais e, eventualmente, da própria forma de Estado, contribuindo para esclarecer os diferentes resultados em termos de criação de condições para uma igualdade substancial entre grupos e indivíduos que expressam identidades culturais e religiosas diferentes. A experiência do *nuevo constitucionalismo* latino-americano, nesse sentido, não é assimilável à do Quebec, embora ambas sejam enquadráveis (também) no paradigma intercultural¹⁹. Nas Constituições da Bolívia e do Equador, o conceito de interculturalidade permeia todo o ordenamento constitucional, não se limitando a apoiar medidas e soluções específicas (legislativas, administrativas, judiciais), mas influenciando, de maneira crucial, a igual participação na definição das regras (constitucionais e legislativas) que permitem "viver juntos"²⁰; em Quebec, a alternativa intercultural às políticas multiculturalistas do Canadá, explicável principalmente à luz das circunstâncias peculiares do federalismo canadense, foi configurada desde o início para reconhecer a posição dominante da maioria (com ênfase na língua e cultura francesas) e se caracterizou de forma ainda mais restritiva, especialmente no que diz respeito ao respeito às práticas religiosas minoritárias, com os desenvolvimentos legislativos mais recentes²¹.

¹⁶ O debate sobre a especificidade do interculturalismo em relação ao multiculturalismo é muito amplo. Para algumas leituras introdutórias ao tema, também em chave crítica sobre as reais diferenças entre os dois modelos, consultar: N. Meer, T. Modood, *How Does Interculturalism Contrast with Multiculturalism?*, in *Journal of Intercultural Studies*, 2, 2011, 175-196; G.B. Levey, *Interculturalism vs. Multiculturalism: A Distinction without a Difference?*, in *Journal of Intercultural Studies*, vol. 33, n. 2/2012, p. 217 e seguintes.; C. Joppke, *War of words: interculturalism v. multiculturalism*, in *Comparative Migration Studies*, 6/11, 2018.

¹⁷ Council of Europe, White Paper on Intercultural Dialogue "Living Together As Equals in Dignity", Strasbourg, 7 May 2008, 19.

¹⁸ S. Ragone, *The Council of Europe's Evolving Approach to Interculturalism: Main documents (and One Example)*, in *Comparative Law Review – Special Issue "For a minimal Vocabulary of Interculturality: a legal comparative perspective"*, vol. 11/1, 2021, 98 ss., che ricostruisce l'evoluzione della concezione di interculturalismo promossa dal Consiglio d'Europa e ne propone un bilancio finale in chiaroscuro. Nonostante l'enfasi sull'interazione e il dialogo tra diversi su un piano di parità, infatti, uno dei tratti qualificanti del modello delineato dal Consiglio d'Europa sembra essere l'"utilitarismo", nella misura in cui l'interculturalità è interpretata come un "vantaggio" che assicura, al contempo, la preservazione del gruppo maggioritario e la pacifica e armoniosa convivenza con il resto dei gruppi minoritari.

¹⁹ C. M. Reale, *Interculturalism: Fostering or Hindering Cultural Diversity? The Experience of Québec*, in *Comparative Law Review – Special Issue "For a minimal Vocabulary of Interculturality: a legal comparative perspective"*, vol. 11/1, 2021, p. 15 e seguintes, reelaborando algumas reflexões de C. Joppke, *War of words*, cit., propõe enquadrar essas duas diversas declinações da interculturalidade no plano institucional à luz das categorias de "interculturalismo orizontale, o post-magioritario", dos quais são exemplos paradigmáticos as experiências recentes da Bolívia e do Equador, e "interculturalità verticale, o maggioritaria", que está relacionada ao modelo da província francófona do Canadá, Quebec.

²⁰ S. Bagni, *Lo Stato interculturale: primi tentativi di costruzione prescrittiva della categoria*, in S. Bagni, G. A. Figueroa Mejía, G. Pavani (eds.) *La ciencia del Derecho constitucional comparado. Estudios en Homenaje a Lucio Pegoraro*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Ciudad de México: Tirant lo Blanch), p. 137 e seguintes; S. Baldin, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 123 e seguintes.

²¹ É de 2019 a controversa Lei n. 21 sobre a laicidade do Estado, que proíbe, dentre outros, aos funcionários públicos com função de autoridade, a exemplo dos professores, de usar símbolos religiosos. Para uma avaliação sobre os efeitos discriminatórios da lei, consultar: *Findings from the Survey on the effects of Bill 21 on Faculties and Departments of Education in Quebec universities, their students and personnel* –

Portanto, em conclusão, ao tentar traçar as principais diferenças entre o paradigma intercultural e o multicultural, deveria ser mencionada, como característica distintiva do primeiro, a valorização da dimensão individual (em relação à dimensão de grupo), concreta (tanto em termos de maior atenção às relações sociais e interpessoais do dia a dia em relação à ênfase nos direitos de cidadania e representação "especial", quanto em termos de uma abordagem mais pragmática orientada para o compromisso na regulação jurídica de situações conflituosas) e local (com referência ao nível territorial de elaboração de políticas)²².

3. AS FORMAS DE IMPLEMENTAÇÃO DA ABORDAGEM INTERCULTURAL AO TRATAMENTO JURÍDICO DA DIVERSIDADE

Para tornar sustentável não apenas a coexistência, mas também a interação, são essenciais as diferenças, as categorias, os instrumentos e procedimentos desenvolvidos pelo direito, e pelo direito comparado em particular.

Embora conscientes do risco de simplificação excessiva de questões complexas, podem ser identificadas duas principais formas de implementação de um "direito intercultural": uma via legislativa e uma judicial. Esta última, como se sabe, é frequentemente apontada como o canal privilegiado para reconhecer as demandas de tutela das diferenças culturais e religiosas, na medida em que a abordagem casuística dos tribunais permite levar em conta a especificidade dos casos concretos nos quais tais demandas surgem e realizar o equilíbrio dos direitos e interesses na perspectiva de uma acomodação razoável (*reasonable accommodation*). Por outro lado, a ênfase na centralidade dos tribunais na resolução de "conflitos culturais" não diminui o risco de compressão do circuito democrático que ocorre quando o legislador, como tomador de decisões políticas democraticamente legitimado, demonstra não saber ou não querer lidar com tais questões cruciais²³.

3.1. A "VIA LEGISLATIVA"

Em relação à via legislativa, Paola Parolari analisou eficazmente algumas estratégias que podem levar à reformulação intercultural das leis²⁴. Se a lei, de fato, é em princípio geral e abstrata e utiliza fórmulas neutras que colocam os destinatários em uma condição de igualdade formal, a heterogeneidade das condições sociais, culturais, religiosas ou de gênero podem tornar essas normas formalmente neutras substancialmente discriminatórias²⁵.

Executive Summary, 2020, estudo realizado por um grupo de pesquisa inter-universitário sob a égide do *Observatoire sur la formation à la diversité et l'équité* (OFDE).

²² C.M. Reale, *op. cit.*, 18; R. Zapata-Barrero, *Interculturalism in the post-multiculturalism debate: A defence*, in *Comparative Migration Studies*, 5, 6, 2017.

²³ A ferida democrática, nesse contexto, é ainda mais agravada pelas múltiplas formas de limitação substancial, se não de verdadeira e própria exclusão formal, do direito à representação política dos membros das minorias culturais e religiosas nos países europeus de imigração. Sobre estes aspectos, consultar: J. Paffarini, C. Calvieri, *Los límites a los derechos políticos de los extranjeros. La experiencia italiana y europea en comparación*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 29, 2021, p. 1-31; L. Almeida Lage, M.C. Locchi, *Political Participation and Representation of The Muslim Population in Europe*, in *Comparative Law Review – Special Issue “For a minimal Vocabulary of Interculturality: a legal comparative perspective”*, vol. 11/1, 2021, p. 109-142.

²⁴ P. Parolari, *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 133 e seguintes.

²⁵ Trata-se da chamada “discriminação indireta”, produzida na presença de «una misura in apparenza neutra, perché non contiene alcuna differenziazione esplicita tra gli individui, ma che in realtà è suscettibile di determinare uno specifico svantaggio per una certa categoria di persone, senza essere giustificata da un obiettivo ragionevole e proporzionata rispetto allo scopo perseguito», J. Ringelheim, *Diritto e diversità culturale. La scienza giuridica di fronte alla sfida del pluralismo*, in *Ragion Pratica*, 36, 2011, p. 105.

A exigência de levar em conta a diversidade dessas condições na produção legislativa pode se manifestar, em termos técnicos-operacionais, de maneiras diferentes, que não podem ser predeterminadas devido à extrema variabilidade das situações e dos âmbitos a serem regulados.

Em alguns casos, por exemplo, pode ser apropriado introduzir na disciplina normativa elementos de flexibilidade destinados a tornar a norma suficientemente aberta para permitir que as diferentes categorias de destinatários "preenchem" a própria norma com um conteúdo respeitoso de sua pertença cultural ou religiosa²⁶. Em outros casos, parece preferível detalhar mais a norma legislativa, explicitando que certa noção ou instituto jurídico, tradicionalmente interpretados e aplicados sem necessidade de especificações adicionais, devem ser entendidos de tal forma a levar em conta as diferentes necessidades de tutela manifestadas no seio das comunidades culturais ou religiosas minoritárias²⁷. Em outros casos ainda, pode ser necessária a "introdução de regras e/ou institutos (de direito substantivo ou processual) que se afirmaram em outros contextos jurídicos, por meio de alguma forma de 'transplante jurídico'"²⁸.

A via legislativa para a construção de um direito intercultural, por outro lado, está repleta de desafios, referindo-se tanto à dificuldade do legislador em chegar a uma síntese política sobre temas frequentemente extremamente divisivos, quanto à complexidade do próprio "*legal drafting* intercultural", que idealmente deveria aproveitar, "em uma perspectiva interdisciplinar, as competências desenvolvidas no âmbito dos estudos sobre técnicas de *legal drafting*, tradução jurídica e comunicação intercultural"²⁹.

3.2. A "VIA JURISDICIONAL"

Quanto à "via jurisdicional", já se destacou que a abordagem casuística e concreta dos juízes se mostra particularmente funcional para introduzir no processo, e assim no ordenamento jurídico dos países de imigração, a pluralidade de valores e estilos de vida, bem como de concepções das relações sociais e do próprio direito, expressa pelos membros de grupos culturais e religiosos minoritários que buscam justiça em uma determinada controvérsia.

Num contexto pluralista, de fato, a interpretação jurídica tem sua potencialidade de instrumento de fusão entre horizontes culturais diferentes fortalecida³⁰. O juiz ocidental, embora situado em seu próprio ordenamento jurídico (por sua vez expressão de um ambiente cultural e linguístico específico), possui os meios para superar seu particularismo e se tornar um operador jurídico intercultural, e até mesmo um "antropólogo"³¹. Segundo Mario Ricca, os diferentes

²⁶ Um exemplo é a possibilidade, no âmbito das relações de trabalho, de usufruir dos dias de descanso ou licença compatíveis com os feriados próprios da tradição cultural ou religiosa de pertença. J. Ringelheim, *op. cit.*, p. 108.

²⁷ Pense na disciplina legal da adoção legítima, que é incompatível com o instituto da *kafāla* islâmica, uma forma de tutela de um menor por um adulto designado, responsável pelo cuidado e educação do primeiro, sem prejudicar o vínculo parental da criança com os pais biológicos. Neste contexto, para proteger o interesse superior da criança, seriam desejáveis reformas legislativas que reconfigurem o instituto adicionando e especificando expressamente elementos adicionais, a fim de permitir a inclusão de situações jurídicas anteriormente excluídas (como a *kafāla*, precisamente) ao lado da adoção para fins de reunificação familiar.

²⁸ P. Parolari, *op. cit.*, p. 173, que cita como exemplo a proibição de conceder ou acessar empréstimos de dinheiro que gerem juros, derivada, no âmbito da tradição jurídica islâmica, da proibição da usura (*ribā*). Diante dessa proibição, a regulamentação que rege os contratos de empréstimo ou crédito bancário nos países de imigração pode autorizar os bancos a usar instrumentos contratuais que, embora garantam às instituições bancárias a remuneração do crédito concedido ao cliente, não operam de acordo com o esquema clássico de empréstimo ou crédito, com especial referência à geração de juros.

²⁹ P. Parolari, *op. cit.*, p. 172.

³⁰ F. Viola, *Ermeneutica giuridica e pluralismo*, in *Ars Interpretandi*, 1, 2012, p. 25.

³¹ A referência é ao importante trabalho de I. Ruggiu, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, 2012.

operadores do direito que desejam promover um direito intercultural podem realizar essa necessária "tradução intercultural" a partir do universalismo das categorias jurídicas, gerais e abstratas, formuladas pelos constituintes e legisladores nos Estados constitucionais ocidentais: através de sua *ars combinatoria*, de fato, juízes e outros profissionais do direito (por exemplo, advogados, notários) poderiam "usar" a ambiguidade semântica e as capacidades inclusivas das generalizações normativas, de modo a fazer emergir a "dialética entre significados normativos e significados sociais" e dar forma e legitimidade a "soluções e situações normativas totalmente imprevisíveis na formulação das leis e na elaboração das correspondentes previsões de eficácia"³².

O caso inglês, com especial referência à regulação jurídica de algumas questões relacionadas ao divórcio entre pessoas de fé islâmica, é particularmente emblemático da complexidade dessas operações de tradução e interação entre sistemas jurídicos diferentes. O que se observa, de fato, é que diversos casais formados por cidadãos pertencentes à minoria islâmica decidem se casar exclusivamente por cerimônia religiosa, sem concluir também um casamento civil nem proceder ao registro nos termos da *Marriage Act* de 1949: trata-se dos chamados "*unregistered marriages*", em princípio desprovidos de efeitos jurídicos perante o direito oficial do Estado, que a orientação jurisprudencial predominante qualifica como "não-casamentos", excluindo, conseqüentemente, o direito das partes (e, em particular, da esposa) a recursos financeiros³³. Fenômeno diferente é o dos casamentos, celebrados tanto civilmente quanto por cerimônia religiosa, seguidos apenas de divórcio civil: neste caso, a doutrina cunhou a expressão "*limping marriages*", potencialmente caracterizados por uma situação de *marital captivity* na qual a esposa corre o risco de permanecer "acorrentada" ao vínculo religioso com graves conseqüências em termos de dependência econômica (além de psicológica) do ex-marido³⁴.

A mulher, presumivelmente um sujeito frágil nessas relações conjugais, poderia decidir recorrer a um juiz estatal para fazer valer seu próprio direito contemplado pelo ordenamento jurídico do Estado (por exemplo, o pagamento de pensão alimentícia pelo ex-cônjuge, ou pensão por morte, após a morte do marido), mas também reivindicando proteção à luz de seu *minority legal order* (por exemplo, o pagamento do *mahr*, uma compensação paga pelo marido à esposa no momento do casamento muçulmano³⁵). Fora de uma perspectiva jurídica intercultural, o juiz inglês poderia legitimamente adotar uma posição de fechamento em relação a essas solicitações, entre elas, aquelas que não encontram sua base jurídica no direito oficial do Estado e, portanto, não são fundamentadas nas normas gerais e abstratas válidas para todos. O desconhecimento dessa complexa sobreposição entre a dimensão da identidade cultural e religiosa e a da pertença a um sistema jurídico autônomo, no entanto, não é sem conseqüências para a proteção efetiva do princípio da igualdade substantiva e do direito à autodeterminação numa sociedade pluralista.

³² M. Ricca, *Norma, autorappresentazione identitaria, memoria culturale. Alterità e storia nell'agire giuridico interculturale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2010, p. 544. Do mesmo autor: *Sul diritto interculturale. Costruire l'esperienza giuridica oltre le identità*, in *Daimon*, 8, 2008; *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Dedalo, Bari, 2008; *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013.

³³ V. Vora, *The Continuing Muslim Marriage Conundrum: The Law of England and Wales on Religious Marriage and Non-Marriage in the United Kingdom*, in *Journal of Muslim Minority Affairs*, 1, 2020, p. 148 e seguintes.

³⁴ S. Rutten, B. Deogratias, P. Kruiniger, *Marital Captivity: Divorce, Religion and Human Rights*, Eleven International Publishing, The Hague, 2019.

³⁵ O *mahr*, que deve consistir em coisas que tenham uma utilidade e sejam comercializáveis, é elemento essencial para a existência do matrimônio: «generalmente ne viene pagata la metà all'atto della stipulazione del contratto nuziale e l'altra metà ad un termine che può essere lontano», cfr. F. Castro, *Il modello islamico*, a cura di G.M. Piccinelli, Giappichelli, Torino, 22007, p. 44.

As duas decisões a seguir são indicativas de uma orientação que, embora controversa e minoritária no âmbito da jurisprudência inglesa (e ainda mais, na dos outros países europeus³⁶), podem ser entendidas como indicativas da disposição para um "diálogo intercultural" que implica a interação entre diferentes sistemas jurídicos (ou fragmentos de sistemas jurídicos), na tentativa de garantir "justiça" no caso concreto.

Com a primeira decisão, *Akhter v. Khan*, o *England and Wales Family Court* se pronunciou sobre o caso de um casal casado em 1998 apenas por cerimônia islâmica (*unregistered marriage*). Quando, em 2016, a Sra. Akhter decidiu se divorciar do marido, buscando um juiz inglês, o Sr. Khan alegou que o casamento, para o ordenamento jurídico do Estado, era "inexistente", enquanto a esposa propôs a diferente interpretação da "nulidade" (*void*) causada pela ausência de alguns requisitos relacionados à formação do ato nos termos da lei inglesa.

O Tribunal, rejeitando a qualificação consolidada de casamentos não registrados como não-casamentos, aderiu à perspectiva apresentada pela esposa, com a consequência de poder se pronunciar sobre o mérito concluindo que os dois cônjuges haviam celebrado um casamento sem alguns requisitos legais e, portanto, nulo; assim, a Sra. Akhter poderia legitimamente reivindicar os benefícios econômicos previstos pela lei inglesa. O Tribunal valorizou, no plano do direito oficial do Estado, a complexidade da situação dos dois cônjuges, determinável tanto à luz de seu *minority (Islamic) legal order* quanto no plano da eficácia da vida familiar vivida juntos, a partir de normas jurídicas internacionais de alcance universal³⁷, chegando finalmente à conclusão de que «Those who have religiously married and have lived for many years, raised families and been treated by the family community and state authorities as married should not have the term non-marriage applied to them» (par. 81). Embora a sentença não seja desprovida de aspectos problemáticos e tenha sido revertida em apelação precisamente quanto à qualificação do casamento não registrado como *void*, ela continua, no entanto, a representar um "exemplo particularmente eficaz de como, nas sociedades europeias de imigração, o fenômeno da interlegalidade pode desestabilizar os modelos consolidados de relação entre diferentes constelações de fontes do direito e produzir espaços jurídicos híbridos, nos quais os "tradicionais" ordenamentos jurídicos (não apenas sua fechadura, mas também sua validade e identidade) estão sujeitos a contínuas tensões e torções"³⁸.

Em 2000, com *Ali v. Ali*, o Tribunal Superior se pronunciou sobre o caso envolvendo dois cônjuges casados tanto civil quanto religiosamente. Com a crise no relacionamento conjugal, o marido optou tanto pelo divórcio unilateral (*ṭalāq*) quanto pela abertura do processo de divórcio nos termos do direito inglês; diante de sua recusa em pagar à esposa o *mahr*, no entanto, a esposa pediu ao juiz estadual que reconhecesse seu direito a esse pagamento. O juiz inglês, ao atender ao pedido da mulher e decidir, portanto, não se pronunciar apenas sobre o divórcio civil, mostrou-se disposto a considerar o cenário híbrido no qual as partes se moviam, acreditando que a não consideração, por parte do juiz ocidental, das obrigações do marido à luz do direito

³⁶ Sobre as especificidades do sistema inglês em relação à avaliação da compatibilidade ou incompatibilidade das práticas ou regras jurídicas "estrangeiras" em relação à coerência sistemática do ordenamento jurídico, consultar: A. Miranda, *Lo "stingimento" delle regole giuridiche tra diritti e limiti nell'era dei flussi migratori e della crisi delle nazioni*, in *Cardozo Electronic Law Bulletin*, April 2018, que sublinha como no ordenamento inglês a avaliação é realizada «*case by case and as matter of fact* attraverso il raffronto operato dai giudici (mai monocratici e sempre di grandissima esperienza) con i "values" (di cui il *public order* è solo uno dei tanti elementi) cioè quei principi di interesse collettivo e sociale riconosciuti dalla collettività [...]», p. 23.

³⁷ Conforme art. 8 e 12 Cedu (respectivamente, o direito à vida privada e familiar, e o direito ao matrimônio) e o princípio do superior interesse do menor protegido pelo art. 3 da Convenção da ONU sobre direitos da criança.

³⁸ P. Parolari, *Diritto policentrico e interlegalità nei paesi europei di immigrazione. Il caso degli shari'ah councils in Inghilterra*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 179.

religioso resultaria em uma falta de proteção dos direitos da esposa e em um incentivo ao recurso aos *Islamic councils*³⁹. O juiz inglês, além disso, concedeu à Sra. Ali 30.000 libras, uma libra a menos do que a quantia acordada nos acordos matrimoniais (30.001 libras): a libra faltante, segundo Werner Menski, demonstra como a solução à qual o juiz chegou é fruto de sua abordagem pragmática e equitativa e não da aplicação do que é prescrito pelo direito islâmico⁴⁰.

³⁹ Na realidade inglesa, os *Islamic Councils* podem ser definidos como associações locais de estudiosos que, de forma voluntária, fornecem pareceres jurídicos aos muçulmanos, principalmente no campo do casamento religioso e do divórcio; enquanto os Conselhos Islâmicos atuam como mediadores e se pronunciam sobre a dissolução de casamentos religiosos não registrados civilmente, o *Muslim Arbitration Tribunal* é capaz de operar como árbitro nos termos da Lei de Arbitragem de 1996. Sobre o funcionamento dos Conselhos Islâmicos com referência específica à condição das mulheres, ver R. Parveen, *Do Sharia Councils Meet the Needs of Muslim Women?*, in S. Bano (ed.), *Gender and Justice in Family Law Disputes: Women, Mediation and Religious Arbitration*, Brandeis University Press, Waltham, 2017, p. 142-165.

⁴⁰ W. Menski, *Plurality-Conscious Rebalancing of Family Law Regulation in Europe*, in P. Shah, M.-C. Foblets, M. Rohe (eds.), *Family, Religion and Law. Cultural Encounters in Europe*, Routledge, London and New York, 2016, p. 42.