

REVISTA

DIREITO SEM FRONTEIRAS

VOLUME 1 - NÚMERO 2 - 2017

PUBLICAÇÃO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Centro de Ciências Sociais Aplicadas - CCSA
Universidade Estadual do Oeste do Paraná - UNIOESTE
Campus de Foz do Iguaçu

Editor

Júlio César Garcia

Revisão dos Textos em Língua Inglesa

Thauani Jagnow Piconi

Revisão dos Textos em Língua Portuguesa

Leonardo Sant'Ana de Lima

Apoio Administrativo

Laura Anahi Carvalho Sosa Recalde

Apoio Editorial e Diagramação

Bruno Vinícius Carlos

Ficha Catalográfica

Miriam Fenner R. Lucas – Bibliotecária – CRB/9:268

Capa

Mariane Ruiz



ISSN: 2527-1563 (Impresso)
ISSN: 2527-1555 (Eletrônico)

Catálogo na Publicação (CIP) - Sistema de Bibliotecas - UNIOESTE

R454 Revista Direito Sem Fronteiras. / Curso de Graduação em Direito, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual do Oeste do Paraná. – v,1, n.2 (2017). – Foz do Iguaçu: Unioeste, 2017.

Semestral.

ISSN: 2527-1563 (Impresso)

ISSN: 2527-1555 (Eletrônico)

Disponível em: e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras

1. Direito – Periódicos. 2. Sustentabilidade – Periódicos.
3. Administração pública – Periódicos. I. Curso de Graduação em Direito, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual do Oeste do Paraná.

CDD 20. ed.– 340.5
CDU - 34(05)

Endereço

Av. Tarquínio Joslin dos Santos, 1300 - Lot. Universitário das Américas
85870-650 – Foz do Iguaçu - PR, Brasil
Fone: (45) 3576-8100 Fax: (45) 3575-2733
Foz.revistadireito@unioeste.br
www.foz.unioeste.br/ccsa



Reitor
Paulo Sergio Wolff

Vice-Reitor
Moacir Piffer

Diretor Geral do Campus
Fernando José Martins

**Diretor do
CCSA**
Antonio Carlos Nantes

**Coordenadora do
Curso de Graduação**
Lissandra Aguirre

Conselho Editorial

Bruno Periolo Odahara - Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná/UFPR.
ITAIPU. Brasil.

Denise Lucena Cavalcante - Pós-Doutora em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa/
ULISBOA - Portugal. Professora na Universidade Federal do Ceará – **UFCE** Brasil.

João Emílio Correa da Silva de Mendonça. **ITAIPU**. Brasil.

João Ricardo Catarino - Doutorado em Ciências Sociais na especialidade de
Administração Pública pela Universidade de Lisboa/ULISBOA – Portugal. Professor na
Universidade de Lisboa – **ULISBOA**. Portugal.

Joel de Lima. **ITAIPU**. Brasil

José Rubens Morato Leite - Pós- Doutor pela Universidad Alicante/Espanha e Pós-Doutor
pelo Centre of Environmental Law, Macquarie University Sidney/Austrália. Professor na
Universidade Federal de Santa Catarina – **UFSC**. Brasil.

Juarez Freitas – Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina/UFSC.
Professor na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – **UFRS**. Brasil.

Maria Cláudia S. Antunes de Souza - Doutora e Mestre em “Derecho Ambiental y de la
Sostenibilidad” pela Universidade de Alicante/Espanha. Professora na Universidade do
Vale do Itajaí – **UNIVALI**. Brasil.

Massimo Monteduro – Pós-Doutor em Direito da Economia e Mercado na UNISALENTO
- Universidade de Salento. Professor na Universidade de Salento – **UNISALENTO**. Itália.

Sérgio Antônio Silva Guerra - Pós-Doutor em Direito pela Yale Law School/Estados
Unidos. Professor na Fundação Getúlio Vargas – **FGV**. Brasil.

Conselho Avaliador

Bruno Gasparini

Doutor em Meio Ambiente e Desenvolvimento pelo MADE-UFPR (2014). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2005). Especialista em Gestão Ambiental pela Universidade Estadual de Maringá (2002). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2001). Professor de cursos de capacitação, graduação e especialização. Palestrante sobre temas relacionados ao Direito Ambiental. Coordenador do Curso de Direito do Instituto Superior do Litoral do Paraná, Paranaaguá -PR. Pesquisador radicado no Brasil.

Bruno Smoralek Dias

Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Positivo (2004) e mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2008). Doutor em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - SC (2014), ex-bolsista CAPES para Doutorado Sanduíche na Universidade do Minho - Portugal (2012). Doutorado em co-tutela com a Università degli Studi di Perugia - Itália. Atuou como Coordenador do Curso de Direito da Universidade Paranaense - Unipar Campus Francisco Beltrão (2010-2014), professor titular da Universidade Paranaense e temporário da Universidade Estadual do Oeste do Paraná - UNIOESTE. Leciona na graduação, pós-graduação e no Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense UNIPAR. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos e Fundamentais, Direito Internacional Público, Constitucional e Processual, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos humanos, direito socioambiental, normas fundamentais do processo, direito constitucional processual, direito ambiental, direito público, sociologia política e ciência política. Pesquisador radicado no Brasil.

Elmer da Silva Marques

Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2015), Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (2006) e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2003). Atualmente é professor adjunto e coordenador do curso de Graduação em Direito e professor da Pós-Graduação em Gestão e Desenvolvimento Regional - Mestrado, ambos da Universidade Estadual do Oeste do Paraná - Campus de Francisco Beltrão. Pesquisador radicado no Brasil.

Fernando de Oliveira Pontes

Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF - 2007), Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF - 2001), Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ - 1990). É professor do Curso de Direito da Universidade do Grande Rio (UNIGRANRIO). É professor da Universidade Cândido Mendes (UCAM), professor convidado da Fundação Getúlio Vargas (FGV- RJ), professor convidado - IBMEC Educacional S.A, professor convidado do Programa de Mestrado do Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA-SP). Lecionou como

Professor Responsável do Centro Universitário de Volta Redonda (UNIFOA). Desenvolve atividades de ensino e pesquisa na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional, atuando principalmente nos segmentos de Direito Internacional Público, Aviação, Contratos, Direito Aeronáutico e Espacial. Pesquisador radicado no Brasil.

Isadora Minotto Gomes Schwertner

É doutora em Direito do Estado e das relações sociais pela Universidade Federal do Paraná. Possui mestrado em direito constitucional econômico pela Universidade de Marília (2008), especialista em direito civil e processo civil pela Universidade Estadual de Londrina (2003) e graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2002). Atualmente é professora adjunta, nível A, da Universidade Estadual do Oeste do Paraná, professora da Faculdade de Foz do Iguaçu (FAFIG), professora do Centro de Ensino Superior de Foz do Iguaçu (CESUFOZ) e professora do Centro Universitário União Dinâmica das Cataratas (UDC). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL, atuando principalmente nos seguintes temas: direito empresarial, direito civil (Contratos, família e sucessões), processual civil e administrativo constitucional. Pesquisadora radcada no Brasil.

Marcia Rodrigues Bertoldi

Possui graduação em Direito pela Universidade Católica de Pelotas (1998), doutorado em Estudos Internacionais - Universidad Pompeu Fabra (2002) e doutorado em Globalização e Direito - Universidad de Girona (2003) com bolsa da CAPES (Revalidado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC). Realizou estágio pós-doutoral, com bolsa do CNPq na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo, Rio Grande do Sul. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: direito internacional do meio ambiente, direito ambiental, direitos humanos e direito socioambiental. Atualmente, é professora da Universidade Federal de Pelotas, Faculdade de Direito. Coordenadora do Grupo de Estudos em Direito Socioambiental (GEDS). Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPel. Pesquisadora radcada no Brasil.

Sandro Trescastro Bergue

Doutor em Administração, área de Organizações, pelo PPGA/UFRGS. Mestre em Administração com ênfase em Administração Pública pelo PPGA/UFRGS. Bacharel em Administração e Bacharel em Ciências Econômicas. Docente convidado nos cursos de pós-graduação da Escola Nacional de Administração Pública - ENAP, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, da Fundação do Ministério Público - FMP, entre outros. Auditor Público Externo no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul desde 1994. Área de interesse em pesquisa: interseções entre os temas de teorias organizacionais, políticas públicas, tecnologias gerenciais em organizações públicas, gestão de pessoas no setor público e planejamento e controle na administração pública. Autor de livros e de artigos científicos publicados em periódicos de circulação nacional e internacional e anais de congressos (áreas de estudos organizacionais, gestão pública e de RH no setor público). Pesquisador radcado no Brasil.

APRESENTAÇÃO

Este segundo número apresenta mais seis artigos inéditos e relevantes para a área do Direito Sem Fronteiras. Agregando-se aos já publicados seis textos do primeiro número, começa a se formar o conteúdo do volume inaugural deste novo periódico jurídico brasileiro. Para um novo periódico da área, a Revista Direito Sem Fronteiras demonstra que veio para ficar, pois recebe a atenção da submissão de artigos de programas de pós-graduação de outros países, bem como a colaboração de pesquisadores com temas de grande relevância.

O objetivo principal da criação deste novo periódico é o de enaltecer e abrir espaço para o debate sobre as fronteiras e o Direito, em perspectivas múltiplas que enriqueçam o olhar jurídico e apontam para novas abordagens e críticas contundentes a modelos que se tornam insuficientes ou estagnados no tempo.

A seção internacional é formada por dois textos de pesquisadores brasileiros radicados no exterior onde estão produzindo suas reflexões jurídicas que interessam ao Direito brasileiro. A importância do gerenciamento de análise de risco de alagamentos sob a perspectiva comparativa do Direito alemão e brasileiro é o primeiro texto internacional deste número. Apesar de escrito por uma brasileira o texto é fruto de uma pesquisa realizada pela autora no programa de pós-graduação em Governança Ambiental da Universidade Albert-Ludwigs, em Freiburg e retrata a relevância do intercâmbio científico internacional para o desenvolvimento das pesquisas jurídicas no Brasil.

Nesta mesma linha, o segundo artigo internacional aborda o recurso de amparo constitucional e também foi concebido perante outro programa internacional de pós-graduação, neste caso do mestrado em Direito da Universidade Autônoma de Lisboa, em Portugal, e se debruça sobre uma análise comparativa deste instituto processual previsto no ordenamento espanhol e alemão, em contraposição ao modelo português de controle de constitucionalidade.

Na seção de doutrina nacional composta por quatro textos, três abordam aspectos que importam à temática das fronteiras, em especial a análise muito atual do direito de partir dos refugiados no Direito Cosmopolita, bem como a reflexão sobre o Mercosul enquanto fenômeno de integração econômica e social. O terceiro texto, produzido pelo autor convidado da Universidade da Integração Latino-Americana, se

debruça sobre os desafios do processo de integração regional entre Brasil e Paraguai a partir do ressentimento paraguaio remanescente da Guerra da Tríplice Aliança.

Todas estas abordagens são originais e relevantes para uma das áreas de maior pertinência temática da linha editorial da Revista Direito Sem Fronteiras, qual seja, exatamente a de superar os estigmas estatais e tradicionais do Direito frente aos graves problemas humanos que assolam países, regiões e populações para além das fronteiras geopolíticas e jurídicas existentes.

Por fim, a seção da doutrina nacional é encerrada com a avaliação de grande relevância para o estudo do Direito Constitucional sobre a tese do livre convencimento motivado do magistrado que é desafiada a partir do dever de busca pela resposta correta na teoria do Direito como integridade de Ronald Dworkin.

Aproveito para agradecer ao nobre serviço prestado pelos revisores científicos, que de maneira dedicada e crítica permitem a revisão, melhoria e aprofundamento dos textos, permitindo avanços impossíveis se não fosse pelo olhar crítico e respeitoso que oferecem.

Desejamos aos leitores bons estudos e reflexões e que novos debates acadêmicos e científicos prosperem para o engrandecimento da ciência jurídica no Brasil.

Júlio César Garcia
Editor

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
SUMÁRIO	9
I. DOCTRINA NACIONAL	
1. MERCOSUL: UMA INTEGRAÇÃO ECONÔMICA E SOCIAL MERCOSUR: AN ECONOMIC AND SOCIAL INTEGRATION	11
<i>Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante; Francisco Ferreira Jorge Neto</i>	
2. O DIREITO DE PARTIR DOS REFUGIADOS NO DIREITO COSMOPOLITA THE REFUGEES' RIGHT TO LEAVE ACCORDING TO THE COSMOPOLITAN LAW	37
<i>Lissandra Espinosa de Mello Aguirre; Thais Magrini Schiavon</i>	
3. A SUPERAÇÃO DA TESE DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO MAGISTRADO EM FACE DO DEVER DE BUSCA PELA RESPOSTA CORRETA NA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN THE OVERCOMING OF THE JUDGE'S MOTIVATED FREE CONVICTION THESIS IN FACE OF THE DUTY TO LOOK FOR THE RIGHT ANSWER IN RONALD DWORKIN'S THEORY OF LAW AS INTEGRITY	55
<i>Flávio Quinaud Pedron</i>	
4. A GUERRA DA TRÍPLICE ALIANÇA E O RESENTIMENTO PARAGUAIO: IMPASSE NO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO REGIONAL? THE TRIPLE ALLIANCE WAR AND THE PARAGUAYAN RESENTMENT: IS IT AN IMPASSE IN THE REGIONAL INTEGRATION PROCESS?	71
<i>Jayme Benvenuto</i>	

II. DOCTRINA INTERNACIONAL

1. THE IMPORTANCE OF INTEGRATING FLOOD RISK MANAGEMENT INTO WATER GOVERNANCE: COMPARATIVE ANALYSIS OF THE LEGAL FRAMEWORK IN GERMANY AND BRAZIL **81**

A IMPORTÂNCIA DE INTEGRAR A GESTÃO DO RISCO DE INUNDAÇÕES COM A GOVERNANÇA DA ÁGUA: ANÁLISE COMPARATIVA DO QUADRO JURÍDICO DA ALEMANHA E DO BRASIL

Daniela Siebert

2. RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL **91** **CONSTITUTIONAL APPEAL FOR INJUNCTIVE RELIEF**

Leonardo da Silveira Pacheco

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES **109**

REVISTA
**DIREITO SEM
FRONTEIRAS**

I. DOCTRINA NACIONAL

1

MERCOSUL: UMA INTEGRAÇÃO ECONÔMICA E SOCIAL

MERCOSUR: AN ECONOMIC AND SOCIAL INTEGRATION

*Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante¹
Francisco Ferreira Jorge Neto²*

1 Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante. Professor da Faculdade de Direito Mackenzie. Professor Convidado no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu PUC/PR e outros diversos cursos. Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo (USP/PROLAM). Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Autor radicado no Brasil. E-mail: j.cavalcante@live.com.

2 Francisco Ferreira Jorge Neto. Desembargador Federal do Trabalho (TRT 2ª Região). Professor convidado no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola Paulista de Direito. Mestre em Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho pela PUC/SP. Autor radicado no Brasil.

Como citar este artigo:

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; NETO, Francisco Ferreira Jorge. **MERCOSUL: uma integração econômica e social** - Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. Jul/Dez. 2017; v. 1 (2): 11-36.

RESUMO

Após discorrer sobre as diversas etapas da integração regional envolvendo os países da América do Sul (Mercado Comum do Sul - MERCOSUL), o presente estudo visa demonstrar que, apesar dos diversos problemas econômicos, políticos e sociais enfrentados, o MERCOSUL não pode ser mais considerando um processo de mera integração econômica, mas hoje também se constitui em um processo de integração social em pleno processo de expansão.

Palavras-chave: Mercosul. Integração regional. Integração econômica. Integração social. Declaração Sociolaboral.

ABSTRACT

After discoursing on the different stages of the regional integration involving the countries from South America (Southern Common Market – Mercosur), the following study aims to demonstrate that, despite the various economic, political and social problems faced, Mercosur can no longer be considered a process of mere economic integration, but currently it also constitutes a process of social integration in the middle of the expansion process.

Keywords: Mercosur. Regional integration. Economic integration. Social integration. Socio-occupational Declaration.

INTRODUÇÃO

Durante quase três décadas de integração regional do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL, 1991), diversos fatores políticos, problemas econômicos internos e internacionais, além de graves problemas sociais envolvendo os Estados-membros, impediram avanços maiores do processo de integração. Apesar disso, é inegável que o MERCOSUL hoje se constitui elemento essencial no desenvolvimento econômico e social para os países da região.

Dentre desse cenário integracionista, nosso objetivo é sinalizar essa trajetória e demonstrar que não se trata apenas de uma integração econômica como inicialmente se pretendeu, mas que hoje também se constitui em um processo de integração social, com importantes alicerces políticos, econômicos e jurídicos.

1. ASPECTOS INTEGRACIONISTAS NA AMÉRICA LATINA

Apesar dos inúmeros precedentes históricos relacionados aos processos de integração, no âmbito da América Latina, podem ser destacados: a ALALC (1960), a ALADI (1980) e o Programa de Integração e Cooperação Econômica (PICE, 1986).

O Tratado de Montevideu de 1960 (ALALC) foi um passo importante para que Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Chile, Equador, México, Paraguai, Peru,

Uruguai e Venezuela assinassem o Tratado de Montevidéu (TM-80), criando a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI) (1980).

Nesse momento, o processo de integração econômica regional foi o caminho adotado pelos Estados para enfrentar o processo de crise econômica internacional dos anos 80 que tinha repercussões diretas nas economias internas.

O primeiro grande passo seguinte rumo à integração regional da América do Sul foi o Programa de Integração e Cooperação Econômica (PICE) (1986), entre Brasil e Argentina, iniciado pelo presidente Sarney e pelo presidente Alfonsín, levando à concretização de 24 Protocolos³ em 1989, visando um espaço econômico comum, mediante a abertura seletiva dos 2 países, seguindo os princípios da gradualidade, complementaridade e equilíbrio.

Em novembro de 1988, é assinado o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento cujo desejo complementar era, além de construir um espaço econômico comum, intensificar a aproximação entre as políticas macroeconômicas de ambos.

O esforço integracionista desses Estados da América do Sul amplia-se ao Paraguai e Uruguai, resultando no Tratado de Assunção em 1991 e na instituição do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL).

O Tratado de Assunção é o instrumento constitutivo do MERCOSUL, em outras palavras, é o Tratado para a constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai. Em dezembro de 2012, o Estado Plurinacional da Bolívia também ingressou no bloco regional.

O Tratado de Assunção foi assinado na cidade de Assunção no Paraguai em 26/3/1991, com 24 artigos e 5 anexos, e entrou em vigor em 29/11/1991, com duração indefinida.

A celebração do Tratado de Assunção pelos quatro Estados da América do Sul, como se depreende do seu Preâmbulo, decorre das seguintes condições: (a) reconhecem que a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais, por meio da integração, constitui condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social; (b) entendem que a aceleração do processo de desenvolvimento econômico com justiça social deve ser alcançado, mediante o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis, a preservação do meio ambiente, o melhoramento das interconexões físicas, a coordenação de políticas macroeconômicas da complementação dos diferentes setores da economia, com base nos princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio; (c) a evolução dos acontecimentos internacionais, em especial a consolidação de grandes espaços econômicos, e a importância de lograr uma adequada inserção internacional para seus países; (d) expressando que este processo de integração constitui uma resposta adequada a tais acontecimentos; (e) conscientes de que o Tratado de Assunção deve ser considerado como um novo avanço no esforço tendente ao desenvolvimento progressivo da integração da América Latina, conforme o objetivo do Tratado de

³ Inicialmente, eram 12 Protocolos sobre relações bilaterais em setores específicos: Bens de Capital; Trigo; Complementação do Abastecimento Alimentar; Expansão do Comércio; Empresas Binacionais; Assuntos Financeiros; Fundos de Investimentos; Energia; Biotecnologia; Estudos Econômicos; Informação e Assistência em Acidentes Nucleares; e Cooperação Aeronáutica.

Montevideu de 1980 - instrumento de integração da América Latina que institui a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI); (f) convencidos da necessidade de promover o desenvolvimento científico e tecnológico dos Estados e de modernizar suas economias para ampliar a oferta e a qualidade dos bens de serviços disponíveis, a fim de melhorar as condições de vida de seus habitantes; (g) reafirmando sua vontade política de deixar estabelecidas as bases para uma união cada vez mais estreita entre seus povos, com a finalidade de alcançar os objetivos supramencionados.

Com o Protocolo de Ouro Preto (1994), o MERCOSUL adquiriu personalidade jurídica de Direito Internacional (artigo 34), encerrando-se o que se denominou “período de transição”.

Segundo o Tratado de Assunção, os objetivos do MERCOSUL são: (a) a livre circulação de bens serviços e fatores produtivos entre os países, por meio, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente; (b) o estabelecimento de uma tarifa externa comum (TEC) e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais; (c) a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados - de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem -, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados; (d) o compromisso dos Estados de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

O Mercado Comum está fundado na reciprocidade de direitos e obrigações entre os Estados-membros (artigo 2º).

2. MERCOSUL: ESTRUTURA ORGÂNICA E JURÍDICA

A Estrutura Orgânica inicial do MERCOSUL prevista no Tratado de Assunção foi ampliada pelo Protocolo de Ouro Preto, sendo que atualmente é formada pelos seguintes Órgãos: (a) o Conselho do Mercado Comum (CMC); (b) o Grupo Mercado Comum (GMC); (c) a Comissão de Comércio do MERCOSUL (CCM); (d) a Comissão Parlamentar Conjunta (CPC); (e) o Foro Consultivo Econômico-Social (FCES); (f) a Secretaria Administrativa do MERCOSUL (SAM).

São órgãos com capacidade decisória, de natureza intergovernamental, o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do MERCOSUL.

As decisões dos órgãos do MERCOSUL serão tomadas por consenso e com a presença de todos os Estados-membros (artigo 37, Protocolo de Ouro Preto).

As fontes jurídicas do MERCOSUL mencionadas expressamente no Protocolo de Ouro Preto são: (a) o Tratado de Assunção, seus protocolos e os instrumentos adicionais ou complementares; (b) os acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção e seus protocolos.

Atualmente, os principais Tratados e Protocolos do MERCOSUL são: o Tratado de Assunção (1991) (Tratado Constitutivo); o Protocolo de Ouro Preto

(1994)(Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do MERCOSUL); Protocolo de Brasília (1991) e Protocolo de Olivos (2002) (Soluções de Controvérsias Comerciais); Protocolo de Las Leñas (1992) (Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa); Protocolo de Harmonização de Normas sobre Propriedade Intelectual (1995); Declaração sobre Mecanismos Financeiros de Integração Regional (1996); Protocolo de Montevideu (1997) (Comércio de Serviços); Protocolo de Ushuaia (1998) (Compromisso Democrático no MERCOSUL, Bolívia e Chile); Protocolo e o Acordo sobre o Regulamento do Protocolo de Defesa da Concorrência (2002); Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos do MERCOSUL (2005).

3. O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO ECONÔMICA E SOCIAL NO ÂMBITO DO MERCOSUL

3.1. No período de 1991 a 2000

No primeiro momento, a integração econômica dos Estados-membros do MERCOSUL não parece se preocupar com as questões sociais e trabalhistas, na medida em que não havia, de forma expressa, dispositivos que cuidassem da relação de trabalho no Tratado de Assunção e também porque apenas após a reivindicação de setores da sociedade é que se criou um Subgrupo de Trabalho destinado ao estudo dos problemas trabalhistas (BELTRAN, 1998, p. 327-328).⁴

Isso talvez, como esclarece Paulo Roberto de Almeida (1999, p. 20-21), ocorra porque “a questão social, portanto, dificilmente pode colocar-se de maneira prioritária nos movimentos ‘naturais’ de aproximação econômica, não porque ela não seja importante, mas porque as forças societais que a sustentam na prática intervêm apenas a partir de uma determinada etapa histórica no desenvolvimento do processo de integração. [...]”

As bases reais dos processos de integração são, portanto, indubitavelmente, econômicas e comerciais, sem o que esses processos simplesmente não se sustentariam na prática”.

O atraso integracionista das questões sociais, segundo Armando Álvares Garcia Júnior (1999, p. 9) “tem sua lógica, pois, primeiramente, é necessário consolidar as bases econômicas e comerciais”.

Num sistema de integração regional, para a doutrina integracionista (DROMI; EKMEKDJIAN; RIVEIRA, 1995, p. 468), o tratamento prioritário é das questões econômicas que são fundamentais para o desenvolvimento de um Mercado Comum.

Contudo, o trato com os problemas sociais e laborais é inevitável, pois, segundo Octavio Bueno Magano (1994, p. 210), “a crescente integração das

4 “A análise da dimensão social do processo de integração pode ser feita sob três ângulos: uma vertente cultural, associada à formação de uma identidade cultural entre os sócios do MERCOSUL; outra política, ocupada da democracia e da definição do papel do estado; e uma vertente econômica, que apura as consequências e impactos da regionalização no âmbito sociotrabalhista” (KÜMMEL, Marcelo Barroso. As convenções da OIT e o MERCOSUL, p. 22). “Por ser ampla, a expressão ‘social’ não pode representar um universo restrito que se refere apenas ao direito individual ou coletivo do trabalho e às questões previdenciárias” (Ob. cit., p. 52) (BELTRAN, 1998, p. 52).

comunidades humanas, decorrentes do aperfeiçoamento dos meios de comunicação e que tende a transformar a sociedade mundial numa ‘global village’,” resulta em um incremento do número e da importância de situações cujos elementos se mostram em conexão com mais de uma ordem jurídica nacional, guardando especial relevo no que “toca às relações de trabalho, e isso em virtude da maior mobilidade tanto da força de trabalho como do capital.”

Após reconhecer a prioridade que se dá às questões econômicas e comerciais, Cássio Mesquita Barros afirma que isso não quer dizer que as questões sociais não devam integrar a pauta da integração regional. Na verdade, isso é essencial, porque a constituição de qualquer bloco econômico sempre provoca desconfiças de parcela dos atores sociais que se veem atingidos por uma competitividade acelerada, pelo agravamento de suas condições de vida, por diferenças raciais, linguísticas, de tradição, de ideologia etc.

No que diz respeito aos aspectos sociais no processo de integração do MERCOSUL, Óscar Ermida Uriarte (2004, p.8) aponta: “Por su parte, el ‘lado social’ del Mercosur no estuvo presente desde los orígenes. En efecto, los derechos sociales y de ciudadanía no aparecen en los tratados constitutivos del Mercosur ni han sido desarrollados en normas ‘derivadas’, sino tardía y tal vez escasamente, en el plano laboral, a pesar de que se reconoce la existencia de una importante dimensión social de la integración.”

Nem todos pensam que a integração deva dar prioridade tão somente às questões econômicas e comerciais, pois para Roberto Norris (1998, p. 30) a especial atenção voltada para essas questões “em nada impediria um tratamento a ser dado aos aspectos sociais, v. g., incentivando um aprofundamento no estudo atinente às realidades sociais e do respectivo cenário normativo dos países que integram o MERCOSUL.”

Silvia Montoya (1994, p. 121) considera que “el objetivo de lograr la progresiva armonización y unificación de los mercados laborales es tan o más importante que cualquiera de los mercados de bienes.”

Ao comentar o distanciamento do desenvolvimento econômico e comercial do desenvolvimento social, Carlos Alberto Gomes Chiarelli (1992, p. 65) afirma que “tanto é verdade esse adiantar do econômico, só depois seguido pelo social, que, enquanto o Mercado Comum é realidade vigente há alguns anos, na CEE, a integração social lá progride de forma cautelosa, para não dizer lenta, ainda que mereça atenção e interesse. É verdade que, na medida em que os países já tinham situações sociais similares, menor a pressa em estabelecer diretrizes unificadas, posto que as nacionais, por parecença, atendiam os interesses e motivações do processo. Talvez, no Cone Sul, pelo que se vê dos fatos, se lê dos acordos e se ouve das intenções, há um programa dos governos parceiros do MERCOSUL em fazer com que econômico e social, já com antecedência e precocidade daquele, sigam, se não juntos, pelo menos, cronologicamente, mais próximos do que no modelo europeu.”

Em um processo de integração como o do MERCOSUL, o distanciamento entre o desenvolvimento econômico e social é preocupante, pois os acordos que estão sendo implementados atingem a sociedade e as políticas internas dos países, sem o amplo debate com os segmentos da sociedade civil, e têm impactos sobre as relações de

trabalho, “[...] levando a uma real desconstitucionalização de vários direitos coletivos e sociais adquiridos há décadas. Sob o influxo de políticas econômicas liberais, os estados recorrem à privatização, à desregulamentação e à desmonopolização de vários setores de suas economias, exercendo influência direta na vida dos trabalhadores e de toda a sociedade” (CHALOULT, 1999, p. 60).

A questão social parece-nos ser pedra basilar no processo de integração do Cone Sul e a preocupação com a área social deve “[...] não por imperativo político ou por mera pressão sindical, mas por dever de distribuição igualitária dos resultados exitosos da integração e, também, pragmaticamente, para fazê-lo concretamente viável. Não se pode pensar em projeto integracionista vitorioso se, nele, aparecerem ilhas de prosperidade e manchas de depressão, já que acabarão determinando um processo centrífugo nestas, rumo à atração centrípeta daquelas, com o que não melhoraremos as subdesenvolvidas, mas provavelmente tumultuaremos e infelicitemos as desenvolvidas” (CHIARELLI, 1992, p. 152-153).

No Tratado de Assunção, as questões sociais foram deixadas de lado,⁵ contudo é inegável que a preocupação com o trabalho humano tenha permeado esse tratado, em seu preâmbulo, que dispõe: “Considerando que a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais, pela integração, constitui condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social; [...] Convencidos da necessidade de promover o desenvolvimento científico e tecnológico dos estados-partes e de modernizar suas economias para ampliar a oferta e a qualidade dos bens e serviços disponíveis a fim de melhorar as condições de vida de seus habitantes.”

Além disso, o art. 1º, 2a parte, letra a, do Tratado de Assunção, dispõe que o Mercado Comum implica a “livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos aduaneiros e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida equivalente.”

A ideia de livre circulação dos fatores produtivos significa, em tese, também a livre circulação de mão de obra (VIGEVANI, 1998, p. 30-31).

E, por fim, o art. 3º, b, do Anexo IV do Tratado de Assunção, que cuida das cláusulas de salvaguarda, prevê que a determinação do dano ou ameaça de dano grave no sentido do presente regime será analisada por cada país, tendo em conta a evolução, entre outros, do nível de emprego.

Diante da pequena expressividade do trabalhador individual perante os interesses econômicos no processo de integração, pela preocupação imediata do trabalhador com seus interesses do dia a dia, como a manutenção do emprego e a perda do poder aquisitivo dos salários e, ainda, pela dificuldade de compreensão exata do cenário internacional, pode-se afirmar que a defesa dos direitos dos trabalhadores da região tem sido feita pelas entidades sindicais dos países do MERCOSUL que se

5 “El Tratado de Asunción, [...], ignoraba casi totalmente la faceta laboral y social que inevitablemente tiene toda experiencia de integración regional. Redactado por diplomáticos y economistas (según expresión de Américo Plá Rodríguez), el Tratado de Asunción sólo previó normas comerciales y orgánicas, sin incluir en los órganos por éstas diseñados, más que representantes de los Poderes Ejecutivos de los Estados Partes, y más específicamente, sólo de los Ministerios de Economía y de Relaciones Exteriores” (URIARTE, 2004, p. 13).

unificaram na Coordenadoria de Centrais Sindicais do Cone Sul (CCSCS).⁶

Acrescente-se a esses elementos que levam ao desinteresse do trabalhador a tradição intervencionista e protecionista estatal⁷ dos direitos trabalhistas.⁸

Inicialmente, os objetivos da CCSCS eram defender a democracia e os direitos humanos, lutar contra os regimes autoritários que ainda subsistiam na região (Chile e Paraguai) e articular uma ação conjunta contra a dívida externa e seus efeitos sobre as economias dos países do Cone Sul.

No período inicial do processo de integração regional (1986-1991), o movimento sindical dos Estados-membros do MERCOSUL foi defensivo,⁹ ou seja, de desconfiança e de ideologias, “acusando os governos, mesmo antes de 1990, de utilizarem-se do discurso da integração apenas para promover projetos neoliberais e os interesses das empresas transnacionais instaladas num ou mais países” (VIGEVANI; VEIGA, 1995, p. 18).

Em dezembro de 1991, a CCSCS decidiu¹⁰ participar do debate sobre a integração regional,¹¹ como forma de defesa dos direitos dos trabalhadores.

6 A Coordenadoria de Centrais Sindicais do Cone Sul (CCSCS) é um organismo de coordenação e articulação das centrais sindicais dos países do Cone Sul criada em Buenos Aires, com o apoio da Organização Regional dos Trabalhadores (ORIT), a qual é vinculada às Organizações Sindicais Livres (CIOLS), em 1986.

Entre outros, são membros da CCSCS a Confederación General del Trabajo (CGT) da Argentina, Central Obrera Boliviana (COB) da Bolívia, Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), Central Única dos Trabalhadores (CUT), Força Sindical (FS) do Brasil, Central Unitaria de Trabajadores (CUT) do Chile, Central Unitaria de Trabajadores (CUT) do Paraguai e Plenário Intersindical de Trabajadores (PIT/CNT) do Uruguai.

7 “En América Latina – más que en otros sistemas y seguramente a consecuencia de las tradiciones coloniales hispánicas y portuguesas – el Estado ha tenido un rol central en el sistema de relaciones laborales ya sea como empleador como regulador de las economías nacionales. Su rol se caracterizó siempre por un marcado intervencionismo, manifestado en diversas formas: (a) fuerte proteccionismo de la producción nacional; (b) protagonismo en el sistema de relaciones laborales a través de una amplia reglamentación legal y – según los casos – el control del movimiento sindical o la limitación de su actuación; (c) generador de empleos de baja productividad, transformándose en el principal empleador nacional, a través de gigantescas estructuras burocráticas” (DELGUE, Juan Raso. *Las relaciones de trabajo en América Latina*. In: SILVA, Diana de Lima e; PASSOS, Edésio (Coord.). *Impactos da globalização: relações de trabalho e sindicalismo na América Latina e Europa: teses do grupo de Bologna/Seminário Internacional de Direito do Trabalho*, p. 191).

8 A intervenção protecionista do Estado apenas perdeu força com a flexibilização das normas trabalhistas nas décadas de 80 e 90.

9 “Portanto, pode-se afirmar que até 1990, a CCSCS serviu, sobretudo, como cenários de atuação e de propaganda na América Latina da ORIT” (VIGEVANI; VEIGA, 1995, p. 20).

10 “Desde a sua criação até o fim de 1991, a CCSCS, inspirada por uma postura sindical de confronto, adotou uma atitude defensiva e de desconfiança perante a integração no Cone Sul. Todavia, ao constatarem naquele ano que o Mercosul era uma realidade irreversível e que afetaria a vida dos trabalhadores, as Centrais decidiram participar do processo em andamento marcando presença e sugerindo a criação de um Subgrupo de Trabalho (SGT) tripartite, no qual os representantes dos trabalhadores pudessem negociar com os empresários e o estado, discutindo e aprofundando juntos temas relacionados aos interesses do trabalho e do capital” (BRUNELLE; CHALOULT, 1999, p. 166).

11 Para Tullo Vigevani e João Paulo Veiga, a posição sindical frente à integração econômica da região pode se distinguir em três fases distintas: “Uma primeira fase, que definimos como sendo a que vai dos acordos Alfonsin-Sarney de 1986 até o Tratado de Assunção de 1991. Nesta primeira, a presença sindical e do movimento organizado dos trabalhadores foi débil, afastada do debate. Uma segunda fase, intermediária, ocorre nos anos de 1991 e 1992. A terceira, quando a atitude sindical, particularmente da CUT e do PIT-CNT do Uruguai, passe a ser mais ativa, se inicia em 1993 e continua até hoje. A segunda e a terceira fases ocorrem num contexto internacional de liberalização econômica, período em que se conclui a Rodada do Uruguai do GATT e no qual boa parte dos países latino-americanos adere ao modelo liberal” (VIGEVANI; VEIGA, 1995, p. 20).

Na visão de Tullo Vigevani, o fator que mais contribuiu para a participação sindical no MERCOSUL foi uma “constatação pragmática” de que “o processo de integração era irreversível. Portanto, racionalmente, a fim de evitar perdas e conquistar benefícios, avaliaram que não poderiam simplesmente ‘denunciar’ o MERCOSUL, mas, ao contrário, participar dele” (VIGEVANI, 1998, p. 115).

De modo que é possível afirmar que com “a constituição do MERCOSUL veio a redefinir o papel da CCSC, que passou a atuar como interlocutora dos trabalhadores e das centrais sindicais junto aos governos dos estados-partes” (BERTOLIN, 2000, P. 91).

Para Tullo Vigevani e João Paulo Veiga (1995, p. 19), dois são os fatores que motivaram a “atitude sindical”: o primeiro, com a integração regional, a luta pelos interesses dos trabalhadores passa a ter um novo campo e, segundo, no que se refere aos dirigentes sindicais, a utilização pelo estado do processo de integração como molas de articulação das próprias políticas, a maximização das próprias forças, sua inserção nos debates das elites, a preservação e ampliação do próprio espaço de poder implica a participação ativa do debate.

A nova realidade não pode ser enfrentada somente com os instrumentos tradicionais do sindicalismo: soluções negociadas setorialmente ou com intervenções nacionais macroinstitucionais, de modo que as práticas sindicais não podem se limitar aos territórios, aos governos e empresários nacionais. Os novos desafios que surgem exigem um “pensar e atuar como uma classe trabalhadora regional, construir uma estratégia comum e estabelecer novos parâmetros de relações com o estado e com os empresários, os quais são, doravante, integrados e subordinados a decisões supranacionais” (BRUNELLE; CHALOULT, 1999, p. 165-166).

Certo é que a ação sindical passa a ser indispensável para um amadurecimento do reconhecimento pleno de uma “ciudadanía laboral”, porém “la eficacia de una acción sindical encaminada a la construcción del espacio social del Mercosur requiere de un redimensionamiento del sindicato y de su actividad” (URIARTE, 2004, p.47).

Em um contexto de internacionalização geográfico, político e econômico das relações trabalhistas, se exigem atores sociais também internacionalizados.¹²

Com essa nova postura, ainda tímida naquele momento, a CCSCS passou a reivindicar o debate e o reconhecimento de direitos sociais, inclusive com a

12 Tullo Vigevani aponta os principais problemas enfrentados pela CCSCS: (a) pouca materialidade, por ser uma Organização que “existe apenas na medida em que realiza reuniões e elabora documentos, sem que haja mecanismos que garantam a continuidade de seus trabalhos. Assim, se uma decisão for tomada em uma reunião, não há a garantia de que seja implementada depois”; (b) a atuação poderia ter sido melhor, em aspectos práticos, se não estivesse sediada no Paraguai, já que “este país não tinha condições de dar suporte a uma ação deste tipo, principalmente porque o movimento sindical paraguaio, em relação aos demais, é mais fraco e com maiores problemas de organização”; (c) falta de recursos materiais e pessoal qualificado para acompanhar os trabalhos do MERCOSUL. “Isso porque as constantes reuniões, realizadas nas diferentes capitais do MERCOSUL, e a participação nas oito comissões do SGT-11, espaço privilegiado da atuação sindical, exigiram gastos elevados e acompanhamento por parte de técnicos especializados. Além do mais, as principais centrais, CUT brasileira, FS, PIT-CNT e CGT argentina, não restringiram sua participação no MERCOSUL ao SGT-11, tendo também acompanhado os SGTs 7 e 8, o que determinou maiores exigências de custos e pessoal. Refletindo este quadro de dificuldades, apenas a CUT brasileira e a CGT argentina acompanharam todas as comissões do SGT-11”; (d) obstáculos de ordem cultural, “a prática de preocupar-se basicamente com as questões imediatas e a grande dependência em relação ao estado, na maior parte dos países, representaram importantes limitações à participação do movimento sindical na integração regional. Dirigentes e técnicos sindicais, acostumados com atividades como a realização de campanhas salariais a cada ano, tiveram que enfrentar uma situação em que muitos de seus efeitos só apareceriam a médio e longo prazo” (VIGEVANI, 1998, p. 110-111).

constituição de um Subgrupo de Emprego e Relações Trabalhistas na estrutura do recém-criado MERCOSUL.¹³ Em maio de 1991, o SGT de Relações Trabalhistas foi criado (atualmente, SGT 10).

A partir de 1992, a CCSCS lança-se em uma intensa atividade de discussão com os órgãos públicos que interagem no processo de negociação, como os Ministérios das Relações Exteriores, da Indústria e Comércio, da Agricultura, da Fazenda etc., e participa informalmente ou como observador em outros subgrupos de trabalho, em especial o SGT 7 (Política Industrial e Tecnológica) e o SGT 8 (Política Agrícola), onde não há a possibilidade de participação direta.

Em sua segunda reunião (maio de 1992), o SGT 11 estabelece a constituição de 8 Comissões de Trabalho: Primeira Comissão - Comissão de Relações Individuais de Trabalho: 1.1 - Análise comparativa dos sistemas de relações trabalhistas entre os países do MERCOSUL; 1.2 - Custos Trabalhistas. Nível de salários e contribuições sociais. Segunda Comissão - Comissão de Relações Coletivas de Trabalho. Terceira Comissão - Comissão de Emprego: 3.1 - Emprego e suas repercussões. Estudo setor por setor; 3.2 - Livre circulação de trabalhadores (migrações). Quarta Comissão - Comissão de Formação Profissional: 4.1 - Recapacitação ao trabalhador; 4.2 - Reconhecimento das habilitações profissionais. Quinta Comissão - Comissão de Saúde e Segurança do Trabalho: 5.1 - Condições e meio ambiente de trabalho. Sexta Comissão - Comissão de Seguridade Social: 6.1 - Seguridade Social. Sétima Comissão - Comissão de Setores Específicos: 7.1 - Legislação específica de algumas categorias. Oitava Comissão - Comissão de Princípios: 8.1 - Ratificação de Convênios da OIT a fim de homogeneizar as condições mínimas de proteção promovendo a justiça social; 8.2 - Carta de Direitos Fundamentais em matéria trabalhista.

Oscar Ermida Uriarte (2004, p. 19) aponta o funcionamento tripartite como um dos aspectos mais destacados do Subgrupo de Trabalho 11.

Apesar de não ser necessária uma unificação legislativa trabalhista no processo de integração econômica, é desejável sua harmonização^{14, 15} com o objetivo de

13 “El segundo paso fue dado por los Ministros de Trabajo de los cuatro países que en la ‘Declaración de los Ministros de Trabajo de los Países Miembros del MERCOSUR’ dada en Montevideo el 9 de mayo de 1991, subrayaron la necesidad de ‘atender los aspectos laborales del MERCOSUR’ para que éste se acompañara de ‘un efectivo mejoramiento en las condiciones de trabajo’, y resolvieron ‘promover la creación del Subgrupo de Trabajo con el cometido de avanzar en el estudio de las materias vinculadas a sus carteras’, así como ‘estudiar la posibilidad de suscribir un instrumento, en el marco del Tratado de Asunción, que contemple las ineludibles cuestiones laborales y sociales que traerá consigo la puesta en marcha del Mercado Común del Sur’. En otras palabras, la Declaración de los Ministros: (a) llamaba la atención sobre los aspectos laborales de la integración; (b) recomendaba la creación de Subgrupos de Trabajo en materia laboral; y (c) se proponía estudiar la posibilidad de suscribir un instrumento laboral, en el marco del Tratado de Asunción, el que pronto se visualizaría como una Carta Social o Carta de Derechos laborales fundamentales del MERCOSUR” (URIASTE, 1994, p. 118).

14 O Tratado de Assunção, em seu art. 1º, faz referência expressa ao compromisso dos Estados-membros de harmonização legislativa nas áreas pertinentes, com o objetivo de se atingir um fortalecimento no processo de integração. Para João de Lima Teixeira Filho, “harmonização não pode significar uniformidade de condições de trabalho, o que seria impossível de alcançar até mesmo em razão da soberania interna de cada país-membro, das razões históricas de cada povo, da atuação dos sindicatos na fonte de produção do Direito do Trabalho etc.” Dessa forma, harmonização “tem o nítido de redução, até onde possível for, das diferenças de tratamento que as legislações nacionais dispensem aos mais diversos assuntos” (A harmonização da legislação no trabalho do Mercosul. Revista LTr, v. 57, p. 17, jan. 1993).

15 “Dessas constatações, pode-se afirmar que a harmonização das leis trabalhistas do MERCOSUL é: (a) uma necessidade, para evitar o dumping laboral; e (b) uma possibilidade concreta tendo em vista as origens

suprimir as diferenças que afetem a implantação de um mercado comum (BELTRAN, 2002, p. 170) gerando dumping social,¹⁶ e dois são os caminhos apontados para que isso ocorra: (a) a Comissão Temática de Princípios do SGT 11 elegeu 34 Convenções da OIT como forma de harmonização de normas trabalhistas; (b) elaboração de uma Carta Social¹⁷ (Carta de Direitos Fundamentais dos Trabalhadores do MERCOSUL), nos moldes das Cartas Europeias de Turim (1961) e de Estrasburgo (1989).

A Comissão de Princípios sugeriu que os Estados-membros ratificassem 35 Convenções da OIT,¹⁸ com a finalidade de se criar um piso mínimo de proteção aos direitos dos trabalhadores da região. Além dessas, outras 25 Convenções tiveram por oposição apenas um país.

Das Convenções recomendadas, apenas 12 foram ratificadas pelos quatro países.

A elaboração de uma Carta de Direitos Fundamentais possui três grandes fundamentos: filosófico-políticos; pragmático-econômico e jurídico-laborais (URIARTE, 1997, p. 13, 52, 53) os quais, segundo Patrícia Tuma Martins Bertolin (2000, p. 105), representam: “Os fundamentos de ordem filosófico-política estão ligados à ideia de justiça social e objetivam criar uma identidade de valores humanistas entre os países do mercado comum. Os fundamentos pragmático-econômicos consistem na tentativa de se evitar o dumping social e na convicção de que um crescimento econômico que não se faz acompanhar pela melhoria da vida da população da região resulta insuficiente. Por fim, são considerados fundamentos jurídico-laborais: a crença de que deve haver um patamar mínimo de garantias ao trabalhador, de acordo com o atual estágio de Consciência jurídica universal; a convicção de que alguns direitos laborais são hoje direitos humanos fundamentais e, portanto, devem ter reconhecimento equiparado nos mais diversos países; o fato de que as Declarações, os Pactos Internacionais e as Convenções Internacionais de Trabalho, estabelecendo um rol mínimo de direitos, não foram adotados por todos os países do MERCOSUL; e, por último, o fato de o ordenamento jurídico do MERCOSUL ser omissivo com relação

histórico-jurídicas comuns dos quatro países” (KÜMMEL, 2001, p. 41).

16 “O ‘dumping’ social constitui uma ameaça ao estado nacional, e se manifesta de várias formas: (a) traslado de empresas de um estado para outro, à procura de menores custos de trabalho ou de vantagens tributárias; (b) estratégia deliberada de salários baixos, para atrair empresas de outros estados; (c) traslado de trabalhadores para o estado que oferece maior proteção e melhores salários; (d) desvalorização cambial” (ROBORTELLA, 2002, p. 131).

17 A proposta de criação de uma carta social foi do PIT-CNT que, em 1991, sugeriu, como elemento da estratégia sindical frente à integração, a elaboração de uma carta social com os direitos de todos os trabalhadores nos quatro países que por um lado contemple as situações mais benéficas e por outro as melhores, na medida em que aspiramos a um modelo de desenvolvimento que melhore as condições de vida dos trabalhadores. Tal proposta foi incorporada à estratégia das Centrais Sindicais do Cone Sul e, posteriormente, encampada pelo Grupo Mercado Comum.

18 “A recomendação de ratificação, pelos quatro países do MERCOSUL, de 35 convenções da OIT foi um dos únicos resultados concretos do SGT-11. Aprovada no subgrupo, foi enviada, na reunião de Ouro Preto de dezembro de 1994, ao GMC para que fosse efetivada. No entanto, devido à resistência argentina, tal objetivo não se concretizou. Esta resistência se inspirou nas mudanças promovidas na sua recente reforma constitucional, de 1993, quanto à ratificação de acordos internacionais. Adotou-se um dispositivo pelo qual acordos internacionais assinados por representantes governamentais passariam a ter validade imediata, sem necessidade de aprovação pelo Parlamento. Assim, refletindo este novo ordenamento legal, os representantes governamentais argentinos se tornaram mais cautelosos no que se referia à assinatura desses acordos” (VIGEVANI, 1998, p. 124).

às questões sociais, a não ser pela referência do Tratado de Assunção ao seu objetivo de ‘desenvolvimento com justiça social’”.

No ano de 1992, ainda, foi criada a Comissão Sindical dos Metalúrgicos do MERCOSUL pelos sindicatos da Argentina, Brasil e Uruguai vinculados aos setores siderúrgico e automobilístico.

Durante a 2ª Reunião do Mercado Comum (1992), em Las Leñas, Argentina, foram aprovados os cronogramas de medidas (Decisão 1/92) e a Decisão 5/92, a qual trata do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Protocolo de Las Leñas), e a Decisão 8/92 visando coibir o trabalho informal.

Ainda no ano de 1992, o Grupo Mercado Comum editou a Resolução 49/92, convidando a OIT, o Centro Interamericano de Investigação e Documentação sobre Formação Profissional (CINTERFOR), o Programa de Emprego para a América Latina e o Caribe (PREALC) e o Programa da OIT para as Relações de Trabalho na América Latina-Cone Sul (RELASUR), para serem observadores do Subgrupo de Trabalho 11.

No ano seguinte (dezembro de 1993), a CCSCS realizou novo encontro, dessa vez em Montevideu, e aprovou um documento afirmando a importância da integração para o desenvolvimento da região, mas alertando para os impactos econômicos e sociais do processo e denunciando a pouca importância que os principais organismos de negociação dispensavam aos temas laborais. Esse documento reivindicava a adoção de uma Carta de Direitos Fundamentais¹⁹ para o MERCOSUL e foi entregue nas mãos dos Presidentes do Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai.

Na análise de Tullo Vigevani e João Paulo Veiga (1995, p. 23), a Carta dos Direitos Fundamentais representava um universo tão amplo de conquistas a serem tornadas comuns entre os 4 países que acabou, diferentemente do que se pretendia, tornando-se um ponto de dificuldades na articulação sindical.

A Carta de Direitos Fundamentais, com 80 artigos, representa o primeiro instrumento de aproximação legislativa social do Cone Sul e, ao lado da Declaração Sociolaboral do MERCOSUL e Convênio Multilateral de Seguridade Social do MERCOSUL, poderão constituir, no futuro, uma forma adequada de aproximação legislativa na região (BELTRAN, 1998, p. 173).

Apesar disso, segundo Tullo Vigevani, o que inviabilizou o projeto de uma Carta de Direitos Fundamentais, como proposto pela CCSCS, foi a evolução do MERCOSUL como união aduaneira incompleta, depois da TEC em 1o/1/1995, “isto porque no tipo de formato do bloco regional é impossível garantir sua aplicação” (VIGEVANI, 1998, p. 126).

Segundo Marcelo Barroso Kümmel (2001, p. 64), “a proposta foi recusada por governos e empresários, pois colidia com os interesses dos grandes grupos econômicos e empresas multinacionais.”

No ano de 1994, foi criado o Conselho Industrial do MERCOSUL (CIM)²⁰

¹⁹ A Carta Fundamental está firmada pela Confederação Geral do Trabalho (CGT), da Argentina; Central Única dos Trabalhadores (CUT), do Brasil; Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), do Brasil; Força Sindical (FS), do Brasil; Central Única dos Trabalhadores (CUT), do Paraguai; e Plenário Intersindical de Trabalhadores (PIT/CNT), do Uruguai.

²⁰ O Conselho Industrial do MERCOSUL (CIM) foi criado pela União Industrial Argentina, a Confederação

e, no ano seguinte, o Conselho de Câmaras de Comércio do MERCOSUL e a Associação de Empresas Brasileiras para a Integração do MERCOSUL (ADEBIM), que representam os empregadores no âmbito do Bloco Regional.

No final do ano de 1994, quando da assinatura do Protocolo de Ouro Preto, a CCSCS entregou aos Presidentes dos quatro países um documento com uma série de propostas sobre questões trabalhistas, sociais, econômicas e produtivas, assim como sobre a estrutura institucional do MERCOSUL.

Nesse documento, a CCSCS defendeu a criação de um foro de representação da sociedade civil, que deveria implementar e reforçar sua participação no processo de negociação e construção do MERCOSUL.

O Protocolo de Ouro Preto criou a estrutura institucional definitiva do MERCOSUL e, entre os órgãos dessa estrutura, previu o Foro Consultivo Econômico Social (FCES) (artigos 28 a 30), sendo o único órgão com competência trabalhista.²¹ Trata-se de um órgão de representação dos setores econômicos e sociais, integrado por igual número de representantes de cada estado.

Com a entrada em vigor da tarifa externa comum (TEC) em janeiro de 1995, o MERCOSUL entra em uma nova etapa, constituindo uma união aduaneira incompleta.

A preocupação com o desenvolvimento das condições de vida e emprego consta do Preâmbulo do Regulamento Interno da Comissão Parlamentar Conjunta (CPC) aprovado em agosto de 1995. Além disso, com a aprovação do Regulamento Interno da CPC criou-se a Subcomissão 5, de Políticas Laborais, de Seguridade Social, de Política Social e Saúde, Desenvolvimento Humano e de Classe (Capítulo III - Das Subcomissões, art. 4o).²²

Em dezembro de 1995, na XX Reunião do Grupo Mercado Comum, realizada em Punta del Este, foi editada a Resolução 38/95, que elaborou propostas de pautas negociadoras, indicando as tarefas prioritárias, o prazo para sua execução e os meios necessários para sua realização.

Alguns meses depois, pela Resolução MERCOSUL/GMC/RES 115/96, considerando as Resoluções MERCOSUL/GMC/RES 20/1995²³ e 38/1998²⁴ e a Recomendação 1/1996 do SGT 10, o Grupo Mercado Comum aprovou uma pauta negociadora prioritária para o SGT 10, a ser desenvolvida nas seguintes áreas: I - Relações de trabalho; II - Custos laborais; III - Higiene e segurança no trabalho;

Nacional da Indústria do Brasil, a Câmara de Indústrias do Uruguai e a União Industrial do Paraguai.

21 O SGT 10: Relações de Trabalho, Emprego e Seguridade Social foi criado por Resolução e faz parte da estrutura interna do Grupo Mercado Comum.

22 Mesmo antes do Regulamento Interno, a Comissão Parlamentar Conjunta já se preocupava com os problemas e políticas laborais, por isso editou a Resolução CPC 2/93, Recomendação CPC 4/93; Resolução CPC 1/94; Resolução 5/94; Resolução CPC 5/95; Resolução CPC 6/95; Resolução 7/95. Além disso, em 1995, foram editadas as Recomendações CPC 4 e 5 pela Comissão Parlamentar Conjunta com o propósito de implantar o Foro Consultivo Econômico e Social.

23 A Resolução 20/95 instruiu os Subgrupos de Trabalho e as Reuniões Especializadas para elaborarem propostas de pauta negociadora, indicando as tarefas prioritárias, definidas à luz das necessidades da presente etapa do processo de integração, prazo razoável para sua execução e meios necessários para sua realização.

24 A Resolução 38/98 instruiu o SGT 10 a revisar sua proposta de pauta negociadora a fim de adaptá-la ao formato definido pela Resolução 20/95.

IV - Inspeção do trabalho; V - Estrutura do mercado de trabalho e políticas de emprego; VI - Formação profissional; VII - Migrações trabalhistas; VIII - Seguridade social.

Dentre os diversos temas, o item Relações trabalhistas possuía duas tarefas: (a) atualização do estudo comparativo das legislações trabalhistas dos países do MERCOSUL, com vistas à identificação dos traços comuns e singulares de tais legislações que podem afetar positiva ou negativamente o processo de integração regional; (b) realização de estudos comparativos sobre os institutos de natureza jurídica e prática de relações coletivas de trabalho adotados pelos países do MERCOSUL, com vistas a possibilitar sua progressiva incorporação ao sistema de composição de interesses conflitivos entre capital e trabalho, em ritmo e forma compatíveis com as exigências das sucessivas etapas do processo de integração regional.

Em dezembro de 1996, a Resolução MERCOSUL/GMC/RES 153 amplia a pauta negociadora do SGT 10, para incluir a análise da dimensão social do processo de integração.

Durante a IX Reunião do Conselho do Mercado Comum (Punta del Leste, dez./1995), aprovou-se o “Programa de Ação do MERCOSUL até o ano de 2000” (Decisão/CMC 9/95), o qual estabeleceu, ao cuidar da dimensão global da integração (item 3.2), que, tendo em conta a dimensão social do MERCOSUL, deverão elaborar-se propostas destinadas ao melhoramento das condições de vida e de trabalho na região e que para tais efeitos, e sem prejuízo do permanente estudo dessa vasta matéria e da análise de outros assuntos, a evolução do processo de integração demanda o exame de acordos sobre direitos laborais e sociais. Assim mesmo, seria estimulada uma maior cooperação no que toca ao cumprimento e controle de normas laborais, tendo em conta os compromissos internacionais assumidos pelos Estados-membros.

O Foro Consultivo Econômico Social (FCES), previsto nos arts. 28 a 30 do Protocolo de Ouro Preto (1994), foi criado oficialmente em junho/1996 em Buenos Aires.²⁵

A maior dificuldade do FCES, segundo Óscar Ermida Uriarte (1997, p. 22), é que se trata de um órgão meramente consultivo e sem poder de decisão, sendo, por ora, ainda carente de uma estrutura administrativa.

Em 1996, quando foram retomadas as discussões no Subgrupo 10, a CCSCS apresentou o projeto de um instrumento de proteção aos direitos trabalhistas, que foi discutido de forma tripartite e aprovado em 1998 sob a denominação Declaração Sociolaboral do MERCOSUL (DSLML).²⁶

Para Wolney de Macedo Cordeiro (2000, p. 141), “a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, portanto, foi forjada sob a ideologia do ‘politicamente possível’, consubstanciando-se em uma relação de garantias sociais genéricas sem mecanismos

25 “A seção brasileira do foro consultivo econômico e social foi instalada em março de 1996, após a ratificação do Protocolo de Ouro Preto, que o instituiu. Está formada pelas centrais sindicais CUT, Força Sindical e CGT, confederações do Comércio, da Indústria, da Agricultura e dos Transportes, Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) e entidades que reúnem profissionais liberais, e será um canal importante das aspirações da sociedade, principalmente no que pertine aos direitos dos trabalhadores, à valorização do salário-mínimo entre os sócios e à defesa dos consumidores nesse espaço comum. Daí que, com acerto, o Protocolo de Ouro Preto instituiu o Foro Econômico-Social, de há muito almejado pelas classes que representam a sociedade e que muito contribuirão à integração do Cone Sul” (ALMEIDA, 1999, p. 125).

26 A DSLML foi assinada pelos Presidentes Carlos Saul Menem (Argentina); Fernando Henrique Cardoso (Brasil); Raul Alberto Cubas Grau (Paraguai) e Julio Maria Sanguinetti (Uruguai), em 10/12/1998, na cidade do Rio de Janeiro.

de imposição do seu cumprimento e sem o estabelecimento de órgãos regionais destinados à efetivação dos dispositivos relacionais. É importante observar que se criou um documento meramente indicativo, a ter sua aplicação acompanhada por um órgão estritamente promocional, sem conteúdo sancionatório.”

A DSLM ratifica, segundo seu Preâmbulo, os objetivos do MERCOSUL, como a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais, por meio da integração, o que constitui condição fundamental para acelerar os processos de desenvolvimento econômico com justiça social e a disposição de promover a modernização de suas economias para ampliar a oferta de bens e serviços disponíveis e, em consequência, melhorar as condições de vida de seus habitantes.²⁷

Além disso, a Declaração significa o reconhecimento por parte dos Ministros do Trabalho dos Estados-membros do MERCOSUL de que a integração regional não pode se confinar à esfera comercial e econômica, mas deve abranger a temática social, tanto no que diz respeito à adequação dos marcos regulatórios trabalhistas às novas realidades configuradas por essa mesma integração e pelo processo de globalização da economia, quanto ao reconhecimento de um patamar mínimo de direitos dos trabalhadores no âmbito do MERCOSUL.

Os efeitos da DSLM são de cunho programático, adquirindo “[...] a dimensão de um conjunto de princípios, aos quais esses ordenamentos devem adequar-se, numa perspectiva de harmonização do direito do trabalho no MERCOSUL” (NASCIMENTO, 2000, p. 106).

Apesar de reconhecer sua importância, Cássio Mesquita Barros considera que as Cartas ou Declarações não têm força cogente, produzem pouco efeito prático, do que é exemplo a Declaração Sociolaboral.

Contudo, há de se destacar também a existência de preceitos que admitem uma aplicação direta e imediata pelos operadores jurídicos, como as que reconhecem ou garantem um direito efetivo ou proibem uma atitude, como a garantia de igualdade de direitos aos trabalhadores (art. 1o) e o tratamento digno e não discriminatório às pessoas com limitações físicas ou mentais (art. 2o)” (URIARTE, 1997, p. 33).

Hugo Roberto Mansueti (2004, p. 19), com apoio de Walkure Lopes Ribeiro

27 “Según sus propios términos, la declaración Sociolaboral del Mercosur consolida los progresos ya logrados en la dimensión social del proceso de integración y sirve de sostén o soporte a los avances futuros y constantes en el campo social, ‘sobre todo mediante la ratificación y cumplimiento de los principales convenios de la OIT’. Así, proclama una serie de principios y derechos en el área laboral, ‘sin perjuicio de otros que la práctica nacional o internacional de los estados partes haya instaurado o vaya a instaurar’. Y es del caso destacar que en los considerandos, la Declaración establece que los estados partes del Mercosur ‘están comprometidos con las declaraciones, pactos, protocolos y otros tratados que integran el patrimonio jurídico de la humanidad’, refiriendo expresamente a las grandes Declaraciones y Pactos de Derechos humanos, tanto de ámbito universal como de ámbito americano. Esta conceptualización es muy importante, por dos motivos. Por una parte, se vincula con el carácter progresivo y abierto de la Declaración, que tiende a extenderse a otros derechos y principios, además de los expresamente previstos en su articulado. Por otra parte, determina su naturaleza y eficacia. En efecto, la Declaración podría ser vista, en una primera lectura – literal y tal vez superficial –, como una mera proclamación de propósitos políticos, no vinculantes, sin ninguna eficacia jurídica o – en el mejor de los casos – con la eficacia propia de las normas programáticas. Sin embargo, si se atiende a su recepción de los grandes Pactos y Declaraciones de Derechos humanos ‘que integran el patrimonio jurídico de la humanidad’, con los cuales ‘los Estados partes están comprometidos’ y con los cuales la Declaración se alinea, puede sostenerse que los derechos y principios contenidos en la Declaración – junto con aquéllos – forman parte del *jus cogens*, esto es, del cuerpo de derechos humanos básicos que forman parte del orden público internacional, más allá de todo acto de reconocimiento, ratificación o recepción por los ordenamientos jurídicos nacionales” (URIARTE, 1997, p. 32-33).

da Silva e Roberto Vieira de Almeida Rezende, entende que a Declaração Sociolaboral constitui um tratado em sentido técnico-jurídico (ou um instrumento pelo qual os estados manifestam a intenção de se obrigar).

Hugo Mansueti afirma que a DSLM não pode constituir uma norma derivada do Mercado Comum que exigiria recepção pelos órgãos legislativos, isso porque os chefes de estados não constituíram nenhum órgão dentro da estrutura do Mercado Comum com poder normativo previsto no Protocolo de Ouro Preto, e os chefes de estado representam seus estados na celebração de Tratados Internacionais que reconheçam, entre outras coisas, direitos humanos.

Ao se referir especificamente aos artigos 12 e 13 da DSLM, Hugo Mansueti afirma que esses artigos dizem respeito ao compromisso dos Estados-membros “em impulsionar o diálogo social, como mecanismo preventivo e alternativo de composição de conflitos (art. 12) e também como elemento de consulta permanente para a edição de fontes heterônomas de regulamentação (art. 13)” (MANSUETI, 2004, p. 115). Ambos os artigos, segundo Mansueti, são cláusulas programáticas.

A consequência de se interpretar a Declaração Sociolaboral como Tratado é “[...] para o direito argentino e paraguaio, que referida norma passa a reger seu direito interno com hierarquia superior às demais leis. No caso do Brasil, por aplicação do art. 5º de sua Constituição Federal, trata-se de uma norma de aplicação imediata, por referir-se a direitos humanos. No Uruguai, em razão de seu sistema dualista e de paridade normativa, o Tratado viria a derrogar a legislação anterior que resultasse contrária com seu conteúdo, com independência do compromisso assumido pelo seu Governo no direito internacional” (MANSUETI, 2004, p. 20).

Com a Declaração Sociolaboral, os Estados-membros se comprometeram a harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração (artigo 1o, Tratado de Assunção).²⁸

É de se destacar também a existência da Comissão Sociolaboral do MERCOSUL (CSL) (artigo 20, DSLM), com formação tripartite, auxiliar do Grupo de Mercado Comum, que tem caráter promocional e não sancionador, dotado de instâncias nacionais e regionais, com o objetivo de fomentar e acompanhar a aplicação da Declaração Sociolaboral.

Ainda no ano de 1997, o Grupo de Mercado Comum aprovou um projeto de Convênio Multilateral de Seguridade Social para o MERCOSUL e um projeto de Acordo Administrativo para sua aplicação (Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercado Comum do Sul - AMSS).

Além das tradicionais formas de materialização das negociações coletivas, alguns setores da sociedade buscam a celebração de uma norma coletiva de trabalho

28 Georgenor de Sousa Franco Filho considera que “a uniformização da legislação trabalhista vigente nos quatro países do MERCOSUL é tarefa praticamente impossível, dadas as peculiaridades de cada estado e de cada Região, pelo que devemos ter como razoável a tentativa de harmonizar, o que importa em um abrandamento da soberania. [...] A harmonização do Direito do Trabalho no MERCOSUL passa pela compatibilização de normas imperativas e ordem pública de cada um dos estados que o integram, sendo certo, todavia, que já existe em boa parte, pelo menos quanto a regras gerais e de cunho teórico, como a série de princípios consagrados em documentos internacionais de cunho social, preconizando, v. g., direito a trabalho digno, proteção à mulher e ao menor, direito à justa remuneração, entre outros” (Harmonização da legislação trabalhista e conflito especial de leis no MERCOSUL. Repertório IOB de Jurisprudência, 10, p. 162-163, 2ª quinzena maio/1996)..

com abrangência nacional e regional.²⁹

Registre-se que já ocorrem duas tentativas de realizar negociações coletivas com empresas presentes em mais de um Estado-membro. As duas foram iniciativas vindas do Brasil (CASTRO; ALMEIDA, 1999, p. 214-231).

A primeira tentativa ocorreu entre as Comissões de Fábrica da Scania do Brasil e da Argentina e os Sindicatos (CNM-CUT e SMATA), realizada em Tucumán (novembro de 1997). No encontro inicial, os sindicalistas trocaram informações sobre as duas plantas, sobre a produção, salários, condições de trabalho, e compararam seus convênios coletivos.

O segundo caso nasceu de uma proposta feita pela Confederação Nacional dos Metalúrgicos da CUT e o Sindicato dos Metalúrgicos do ABC (CUT) e recebeu o apoio da diretoria brasileira da empresa Volkswagen, que inclusive patrocinou todos os gastos. Dessa proposta, os trabalhos levaram à realização de uma Convenção Coletiva de Trabalho aplicável no Brasil e na Argentina em abril de 1999, na qual foram protagonistas a Volkswagen do Brasil, os Sindicatos dos Metalúrgicos do ABC e de Taubaté (SP), filiados à CUT, e o Sindicato dos Mecânicos e Afins de Transporte Automotor da Argentina (SMATA).³⁰

No ano de 2000, durante reunião, em Buenos Aires, da CCSCS, elegeram o dia 31/8/2000 como o “Dia de Luta no MERCOSUL por Emprego, Renda e Cidadania”.

3.2. No período de 2001 a 2010

Em dezembro de 2002, foi celebrado o Acordo para Residência dos Nacionais dos Estados-membros do MERCOSUL, que cuida da possibilidade da “livre residência” no âmbito do Bloco Regional.

Na cidade de Buenos Aires (2002), o Subgrupo de Trabalho 10 negociou de forma tripartite a adoção de um Repertório de Recomendações Práticas sobre Formação Profissional, que foi adotado pelo Conselho de Mercado Comum (Recomendação 1/03). Foi a primeira vez que um órgão do MERCOSUL adotou um repertório de recomendações práticas inspirado no Conselho de Administração da OIT (URIARTE, 1997, P. 47).

Importante documento denominado “Gerando Trabalho Decente no MERCOSUL. Emprego e Estratégia de Crescimento: o Enfoque da OIT” foi elaborado pela Organização Internacional do Trabalho (2003), com o objetivo de dar apoio técnico para o desenvolvimento da Conferência do Emprego do MERCOSUL que se realizou em março de 2004.

29 A preocupação com processo de negociação coletiva supranacional resultou na adoção da “Declaração Tripartite de Princípios sobre as Empresas Multinacionais e a Política Social” pelo Conselho de Administração da OIT em novembro de 1977.

30 “[...] Este demuestra la clara percepción de la nueva dimensión regional de las relaciones laborales, lo que, a su vez, es inmediatamente ratificado en el preámbulo, según el cual, este convenio ‘establece los principios básicos que regirán las relaciones de trabajo a nivel del Mercosur’. [...] La celebración de este convenio colectivo confirma la previsión de que el horizonte de las relaciones laborales del Mercosur muestra, necesariamente, una negociación colectiva ‘mercosureña’, que en lo sucesivo podrá seguir el carril de una negociación colectiva de empresa multinacional, tanto como el de una negociación colectiva de actividad o aún el de un acuerdo marco o pacto social de cúpula, así como el de los ‘dictámenes comunes’ que en la Unión Europea acuerdan la Confederación Europea de Sindicatos (CES) y la Unión Industrial de la Comunidad Europea (UNICE)” (URIARTE, 1997, p. 50-52).

Em abril de 2004, considerando a gravidade do problema do emprego nos Estados-membros, com o alto índice de desemprego e a existência de empregos precários e na economia informal, foi assinada a Declaração dos Ministros do Trabalho do MERCOSUL na Conferência Regional do Emprego.³¹ A Conferência Regional do Emprego foi convocada pela Comissão Sociolaboral do MERCOSUL.

Pela Declaração dos Ministros do Trabalho, reconheceu-se que o Bloco Regional tem como desafio colocar emprego de qualidade no centro das estratégias de desenvolvimento, a fim de construir instrumentos de intervenção relevantes para a inclusão social; que o crescimento econômico é uma condição necessária para resolver os graves problemas sociolaborais da região, exigindo articulações de políticas de estado que tenham como objetivo central a geração de emprego digno; que há a necessidade de avançar uma agenda que incorpore as políticas nacionais e regionais para a integração de metas econômicas e sociais comuns, com o objetivo de reduzir as desigualdades e fomentar as ações de desenvolvimento e crescimento capazes de gerar mais e melhores empregos (reportando-se à XIII Conferência Interamericana realizada em San Salvador de Bahia); que essa preocupação foi assinalada no Consenso de Buenos Aires firmado pelos Presidentes do Brasil e Argentina em setembro de 2003, na Cumbre Iberoamericana de Jefes de estado de Santa Cruz de la Sierra em novembro de 2003 e na Ata de Copacabana de março de 2004; que, em razão das Recomendações da Organização Internacional do Trabalho, os Estados-membros assumem que o “trabalho decente” é condição fundamental para o desenvolvimento sustentável dos países e para o êxito da integração econômica da região; que reafirmando a integração Regional do MERCOSUL como um projeto orientado à redução das desigualdades sociais e à geração do trabalho decente; que priorizar emprego no âmbito regional resulta imprescindivelmente do desempenho de um papel mais ativo por parte dos Ministérios do Trabalho, em coordenação estreita com os Ministérios da Economia, Produção, Desenvolvimento, Planejamento e Similares.

Diante disso, os Ministros do Trabalho resolvem: (a) solicitar ao Conselho de Mercado Comum que encomende ao Grupo Mercado Comum a elaboração de uma estratégia do MERCOSUL para o Crescimento do Emprego; (b) promover nos Estados-membros o desenvolvimento de políticas nacionais de emprego; (c) fortalecer o Observatório Regional de Mercado de Trabalho do MERCOSUL, com o objetivo de promover a coordenação de políticas de emprego na região; (d) promover ação conjunta para harmonização às políticas e os processos de integração dos mercados de trabalho da região, a fim de garantir a livre circulação dos trabalhadores; (e) colocar o objetivo emprego em todas as áreas de integração regional e na política comercial extrazona; (f) impulsionar a integração dos Ministérios do Trabalho aos Órgãos decisórios pertinentes do MERCOSUL etc.

Na 27ª Reunião do Conselho do Mercado Comum (dezembro de 2004), dentre outros temas, durante a Reunião de Ministros e Autoridades de Desenvolvimento Social, adotou a “Declaração sobre a Dimensão Social do MERCOSUL”, que destaca, dentre outros pontos, a indissociabilidade dos aspectos econômicos e sociais

31 Carlos A. Tomada, Ministro do Trabalho, Emprego e Seguridade Social da Argentina; Ricardo Berzoini, Ministro do Trabalho e Emprego do Brasil; Juan Dario Monges, Ministro da Justiça e Trabalho do Paraguai; e Santiago Perez del Castinho, Ministro do Trabalho e Seguridade Social do Uruguai.

de desenvolvimento e a importância de incluir, nas políticas sociais, princípios orientadores como são a democracia, o estado de direito, os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

O Conselho de Mercado Comum, considerando que os Estados-membros estão determinados a inserir o tratamento de medidas de combate ao desemprego e de geração de emprego de qualidade de forma prioritária na agenda de trabalho do MERCOSUL; que, dentre os desafios à frente dos estados, encontra-se a necessidade de eliminar todas as formas de trabalho que vulneram os princípios elementares dos direitos humanos; que a evolução do MERCOSUL na direção de um mercado comum, objetivo último do Tratado de Assunção, no qual o desenvolvimento de suas economias se faça de forma concomitante com o aumento da qualidade de vida dos cidadãos, em um ambiente de paz e justiça social, constitui meta a ser perseguida pelos estados; que constitui desafio para o MERCOSUL inserir o emprego de qualidade no centro das estratégias de desenvolvimento, a fim de construir instrumentos de políticas capazes de favorecer a inclusão social; que na Conferência Regional de Emprego do MERCOSUL (2004), em Buenos Aires, os Ministros do Trabalho dos Estados-membros concordaram com a elaboração de uma estratégia de crescimento do emprego no MERCOSUL; que a XXV Reunião do Conselho do Mercado Comum endossou o mandato para a elaboração de uma estratégia de crescimento do emprego no MERCOSUL; que para a elaboração da estratégia de crescimento do emprego, o Foro Consultivo Econômico e Social e a Comissão Sociolaboral do MERCOSUL deverão trabalhar em estreita colaboração com os órgãos governamentais competentes, decidiu criar um Grupo de Alto Nível para elaborar uma “Estratégia MERCOSUL de Crescimento do Emprego” (EMCE), tendo por base a Declaração de Ministros do Trabalho do MERCOSUL, emanada da Conferência Regional de Emprego (Estratégia MERCOSUL de Crescimento do Emprego, Decisão CMC 46/2004).

O Grupo de Alto Nível - Estratégia MERCOSUL de Crescimento do Emprego (GANEmple) é integrado pelos Ministérios responsáveis pelas políticas econômicas, industriais, trabalhistas e sociais dos estados, com a participação das organizações econômicas e sociais que integram as seções nacionais do Foro Consultivo Econômico e Social e da Comissão Sociolaboral. Se julgar necessário, o Grupo de Alto Nível poderá valer-se das contribuições de organismos internacionais.

O GANEmple passou a ser responsável pela apresentação ao Conselho do Mercado Comum, por intermédio do Grupo Mercado Comum, de uma proposta para a criação da Estratégia MERCOSUL de Crescimento do Emprego.

No final de outubro de 2005, ocorreu a XVIII Reunião da Comissão Sociolaboral em Montevidéu, quando se fez uma atual análise do papel da Comissão, em relação ao seu funcionamento e cumprimento de objetivos. As duas primeiras reuniões do GANEmple (2005) tiveram como objetivo desenvolver um plano preliminar de trabalho, visando elaborar as bases conceituais, metodológicas e operacionais para a implementação da Estratégia MERCOSUL de Crescimento do emprego.

Nesse mesmo período, se deu a XXII Reunião Ordinária do SGT 10, quando foram propostos os seguintes objetivos e atividades: módulo 1: Emprego e trabalho decente. Geração de Emprego. Fortalecer o observatório do Mercado de Trabalho;

módulo 2: Livre circulação de trabalhadores; Harmonização das nomenclaturas do MERCOSUL sobre direitos individuais e coletivos, saúde e seguridade no trabalho e seguridade social; promover acordos transfronteiriços para garantir a igualdade de tratamento; módulo 3: Fortalecimento da dimensão social de trabalho. Institucionalizar os planos de trabalho conjuntos. Plano regional para prevenir e erradicar o trabalho infantil. Fortalecer a fiscalização do trabalho.

Após analisar a dimensão social do MERCOSUL, Óscar Ermida Uriarte (1997, p. 54-55) conclui que não é possível ainda se falar com propriedade de um pleno Direito do Trabalho do MERCOSUL. Porém, não se nega a existência de uma rede normativa laboral em construção e, sobre as normas existentes, podem-se destacar, pelo menos, 3 vertentes.

A 1ª vertente nasce da importância da Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, de seu conteúdo, da sua alta hierarquia jurídica e de sua eficácia, incluída sua aplicabilidade jurídica.

A 2ª consiste no alto nível de tripartismo, diálogo social e participação dos atores sociais na elaboração das normas trabalhistas emanadas do Subgrupo 10. Paralelamente a isso, houve a Convenção Coletiva de Trabalho celebrada entre a Volkswagen e os sindicatos do Brasil e da Argentina.

Por fim, a 3ª vertente aponta para a atuação da Justiça nacional na operatividade dessas normas, sendo o principal caso a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL com disposições plenamente aplicáveis.

Conclui ainda Óscar Ermida Uriarte (URIARTE, 1997, p. 55) que está se desenvolvendo um sistema de relações trabalhistas no âmbito do Bloco Regional, de dimensão regional-internacional, sendo que a constituição de entidades sindicais internacionais ou de instâncias de coordenação entre as organizações nacionais é o primeiro passo (insuficiente, porém indispensável) para a criação de atores internacionais (sindicatos) com estrutura e dimensão adequada ao novo cenário regional, os quais permitiram a aparição de convenções coletivas e de conflitos coletivos plurinacionais.

Com a Decisão CMC 4/2006, o Conselho do Mercado Comum aprova a estratégia MERCOSUL de Crescimento do Emprego. Assim, a Estratégia MERCOSUL do Crescimento do Emprego se desenvolve a partir de duas bases conceituais, a saber: (1) a articulação de políticas macromeso e microeconômicas com as trabalhistas, sociais e educativas, com o objetivo de gerar condições de criação de empresas e de emprego digno, e (2) o respeito e cumprimento dos princípios e direitos do trabalho.

Em dezembro de 2006, realizou-se a I Cúpula Social do MERCOSUL, com integrantes dos movimentos sociais e populares, ONGS, os Governos dos Estados-membros, visando à participação cidadã e ao debate sobre os problemas sociais da região. Outras Cúpulas Sociais ocorreram a partir desse período.

Após sucessivas reuniões do SGT 10, no final de 2006, o Conselho do Mercado Comum aprovou as Condições Mínimas do Procedimento de Inspeção do Trabalho no MERCOSUL (Decisão CMC 32/2006).

A Decisão CMC 3/2007 cria o Instituto Social do MERCOSUL (ISM),³²

32 O ISM tem como objetivos gerais: (a) contribuir para a consolidação da dimensão social como um

transitoriamente no âmbito da Reunião de Ministros e Autoridades de Desenvolvimento Social do MERCOSUL, com sede em Assunção.

Pela Resolução GMC 45/2008, o Observatório do Mercado de Trabalho do MERCOSUL (OMTM) passa a funcionar como órgão auxiliar dependente do Grupo Mercado Comum, sendo que anteriormente foi constituído no âmbito do Subgrupo de Trabalho 10.

No ano seguinte, foi instituída a Comissão de Coordenação de Ministros de Assuntos Sociais do MERCOSUL (CCMASM) (Decisão CMC 39/2008).

Em 2009, foi criado o Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos (IPPDH) no âmbito do MERCOSUL (Decisão CMC 19).

Considerando que os Estados-membros ratificaram a Convenção 81, da OIT, que a inspeção do trabalho é uma ferramenta fundamental que possuem os Estados para verificar as condições de trabalho e tornar efetiva a normativa que rege as relações trabalhistas no seu território e ainda que a inspeção do trabalho tenha um papel indelegável na garantia dos princípios e direitos fundamentais no trabalho, essenciais para manter o vínculo entre progresso social e crescimento econômico, nos termos da Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho, foi aprovado o “Plano Regional de Inspeção do Trabalho do MERCOSUL” (Resolução GMC 22/2009).

Com a Decisão 64/2010, o Conselho de Mercado Comum estabeleceu um plano de ação para a conformação progressiva de um Estatuto da Cidadania do MERCOSUL, o qual estará integrado por um conjunto de direitos fundamentais e benefícios para os nacionais dos Estados-partes do MERCOSUL e se conformará com base, entre outros, nos seguintes objetivos oportunamente elencados nos Tratados Fundamentais do MERCOSUL e na normativa derivada: (a) implementação de uma política de livre circulação de pessoas na região; (b) igualdade de direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicas para os nacionais dos Estados-partes; (c) igualdade de condições para acesso ao trabalho, saúde e educação.

3.3. No período de 2011 a 2016

Após diversas discussões, durante a XV Cúpula Social do MERCOSUL realizada em junho de 2012, foi lançado o Plano Estratégico de Ação Social do MERCOSUL (PEAS) (Decisão CMC 67/2010), a qual reúne políticas sociais comuns que visam erradicar a miséria, a fome, a pobreza e o analfabetismo, além de universalizar os serviços de saúde pública, entre outros fins.

O PEAS possui relação com os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) das Nações Unidas e contempla dez eixos centrais: Eixo 1 - Erradicar a fome, a pobreza e combater as desigualdades sociais; Eixo 2 - Garantir os direitos humanos, a assistência humanitária e a igualdade étnica, racial e de gênero; Eixo 3 - Universalizar a Saúde Pública; Eixo 4 - Universalizar a educação e erradicar o analfabetismo; Eixo

eixo fundamental no desenvolvimento do MERCOSUL; (b) contribuir para superar as assimetrias; (c) colaborar tecnicamente na elaboração de políticas sociais regionais; (d) sistematizar e atualizar indicadores sociais regionais; (e) recompilar e intercambiar boas práticas em matéria social; (f) promover mecanismos de cooperação horizontal; (g) identificar fontes de financiamento.

5 - Valorizar e promover a diversidade cultural; Eixo 6 - Garantir a inclusão produtiva; Eixo 7 - Assegurar o acesso ao trabalho decente e aos direitos previdenciários; Eixo 8 - Promover a Sustentabilidade Ambiental; Eixo 9 - Assegurar o Diálogo Social; Eixo 10 - Estabelecer mecanismos de cooperação regional para a implementação e financiamento de políticas sociais.

Nesses últimos anos, o GANemple vem se dedicando a discutir estratégias e a coordenar a implementação de Diretrizes para o crescimento do emprego nos Estados-membros. Além disso, o GANemple discute a elaboração de uma Proposta de Plano Estratégico de Emprego e Trabalho Decente no MERCOSUL (2015).

No âmbito das reuniões dos Coordenadores Nacionais dos Órgãos Sociolaborais do MERCOSUL desses últimos anos, a discussão está focada no: a) plano regional para a circulação de trabalhadores; b) fortalecimento do Observatório do Mercado de Trabalho; c) formação e capacitação profissional; e) inspeção, segurança e saúde no trabalho; f) medidas de prevenção e erradicação trabalho infantil.

Além desses, outros temas laborais têm ocupado a pauta de discussões dos órgãos do MERCOSUL, como o trabalho doméstico (Recomendações CMC 6/2012 e 1/2015), o trabalho rural (Recomendação CMC 2/2013), a proteção do adolescente no âmbito artístico (Recomendação CMC 2/2015), difusão dos direitos dos trabalhadores (Recomendação CMC 3/2015).

Como resultado do comprometimento dos Estados-membros com o desenvolvimento econômico e social regional, com os diversos tratados internacionais e com os diplomas normativos da OIT, a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL (DSLML) foi revisada em julho de 2015 e traz, entre seus princípios gerais, o compromisso com o trabalho decente e com o fomento de empresas sustentáveis (artigos 2º e 3º).

Além dos princípios gerais e de dispor sobre a atuação da Comissão Sociolaboral do MERCOSUL, a DSLML está estruturada em 03 partes.

A primeira parte destinada aos direitos individuais procura garantir a não discriminação; a igualdade de oportunidades entre homens, mulheres e pessoas com deficiência; proteção aos imigrantes e trabalhadores fronteiriços; a eliminação do trabalho forçado ou obrigatório; prevenção e erradicação do trabalho infantil proteção ao trabalhador adolescente; o poder diretivo do empregador; jornada de trabalho e os descansos; proteção salarial e contra a dispensa.

Na parte seguinte da DSLML, tem-se previsão aos direitos coletivos, como a liberdade sindical, a negociação coletiva, o direito de greve, a promoção e o desenvolvimento de procedimentos preventivos e de autocomposição de conflitos e o fomento ao diálogo social.

Na última parte, destinada aos “outros direitos”, os Estados reafirmam seus compromissos com o fomento do emprego, a proteção dos desempregados, a formação profissional dos trabalhadores, empregados e desempregados, a saúde e segurança do trabalho, a inspeção do trabalho e a seguridade social.

Sem dúvida, dois pilares fundamentais no processo de avanço social inseridos na DSLML diz respeito ao compromisso dos Estados com o trabalho decente e com o fomento da empresa sustentável.

4. A EMPRESA SUSTENTÁVEL E O TRABALHO DECENTE: UM PASSO PARA UMA INTEGRAÇÃO ECONÔMICA E SOCIAL NO MERCOSUL

A partir desses dois pilares, a empresa sustentável e o trabalho decente, tratados na DSLM, tem-se um avanço importante para a integração econômica e social no âmbito do MERCOSUL.

O compromisso assumido por mais de 150 países com um “desenvolvimento sustentável” ocorreu durante a Cúpula Mundial de Desenvolvimento Sustentável realizada em Joanesburgo (Rio+10) (2002), África do Sul, promovida pela Comissão de Desenvolvimento Sustentável da ONU (CDS), a partir da integração de três pilares: o desenvolvimento social, desenvolvimento econômico e a proteção do meio ambiente.

Seguramente, o desenvolvimento sustentável da sociedade pressupõe o fomento e a existência de empresas sustentáveis, com inclusão social e econômica.

Segundo a concepção apregoada pela OIT a partir do Consenso de Copenhague (1995), a “dimensão social do desenvolvimento sustentável” diz respeito ao compromisso de “promover a integração social fomentando sociedades estáveis, seguras e justas e que estão baseadas na promoção e proteção de todos os direitos humanos, bem como a não discriminação, a tolerância, o respeito à diversidade, a igualdade de oportunidades, a segurança e a participação de todos pessoas, incluindo grupos e as pessoas desfavorecidas e vulneráveis.”

As empresas sustentáveis precisam de sociedades sustentáveis: “as empresas serão prosperas quando as sociedades prosperarem e vice-versa.”

Na etapa atual de desenvolvimento, é praticamente impossível pensar em empresas competitivas, sem ser sustentável e vice-versa. Nesse aspecto, empresas sustentáveis são ferramentas importantes para alcançar o trabalho decente, desenvolvimento sustentável e inovação, o que melhora os padrões de vida e condições sociais.

Segundo a OIT, as empresas sustentáveis dependem de um ambiente propício, da atuação dos governos comprometidos e dos interlocutores sociais, de práticas responsáveis e sustentáveis pelas empresas.

Dentro dessa concepção de empresa sustentável, na DSLM, os Estados-membros do MERCOSUL se comprometeram a: a) promover o desenvolvimento sustentável na região; b) estimular a criação e o desenvolvimento de empresas sustentáveis; c) promover o crescimento dos mercados internos e regional e o fortalecimento da competitividade das empresas sustentáveis para o acesso aos mercados internacionais; d) promover o fortalecimento das cadeias produtivas regionais para conseguir maior valor agregado, identificar investimentos e integrá-los à produção; e) promover um ambiente propício para a criação, crescimento e transformação de empresas sobre uma base sustentável que combine a busca legítima do seu crescimento, com a necessidade de um desenvolvimento que respeite a dignidade humana, a sustentabilidade do meio ambiente e o trabalho decente; f) promover as condições básicas para o desenvolvimento de empresas sustentáveis, compreendendo o conjunto de fatores previstos na Resolução sobre a promoção de empresas sustentáveis da OIT, 2007 (artigo 3º).

No que se refere ao trabalho decente, na visão da OIT, é o trabalho produtivo e adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade, e segurança, sem quaisquer formas de discriminação, e capaz de assegurar uma vida digna a todas as pessoas que vivem de seu trabalho. Em suma: no trabalho decente há o respeito aos direitos do trabalhador, como forma de resguardo a sua dignidade.

Para a OIT, os eixos para a formulação da Agenda do Trabalho Decente são: (a) criação de empregos de qualidade para homens e mulheres; (b) a extensão da proteção social; (c) a valorização e o fortalecimento do diálogo social; (d) a aplicação dos princípios e direitos fundamentais no trabalho, os quais estão inseridos na Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho da OIT (1998).

A Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho da OIT traz como direitos fundamentais: (a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; (b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; (c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e (d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

A DSLM prevê o trabalho decente, não apenas no plano programático, mas a partir da atuação dos Estados em: a) formular e pôr em prática políticas ativas de trabalho decente e pleno emprego produtivo, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores articuladas com políticas econômicas e sociais, de modo a favorecer a geração de oportunidades de ocupação e renda; b) elevar as condições de vida dos cidadãos; c) promover o desenvolvimento sustentável da região (artigo 2º, 1).

Na formulação das políticas ativas de trabalho decente, os Estados devem se voltar para: (a) a geração de empregos produtivos em um ambiente institucional, social e economicamente sustentável; (b) desenvolvimento de medidas de proteção social; (c) promoção do diálogo social e do tripartismo; (d) respeito, difusão e aplicação dos princípios e direitos fundamentais do trabalho (artigo 2º, 2).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. **Mercosul & União Europeia: estrutura jurídico-institucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. A dimensão social nos processos de integração. In: CHALOULT, Yves; ALMEIDA, Paulo Roberto de (Coord.). **Mercosul, Nafta e Alca: a dimensão social**. São Paulo: LTr, 1999.

BELTRAN, Ari Possidonio. **Os impactos da integração econômica no direito do trabalho globalização e direitos sociais**. São Paulo: LTr, 1998.

BELTRAN. **Direito do trabalho e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2002.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. **A (livre) circulação de trabalhadores**. 2000. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

BRUNELLE, Dorval; CHALOULT, Yves. Transnacionalização das práticas sindicais: quadro teórico-analítico. In: CHALOULT, Yves; ALMEIDA, Paulo Roberto de (Coord.). **Mercosul, Nafta e Alca: a dimensão social**. São Paulo: LTr, 1999.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Mercosul: a integração, o direito e os conflitos coletivos de trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CASTRO, Maria Silvia Portella de. Negociações coletivas internacionais e Mercosul. In: CHALOULT, Yves; ALMEIDA, Paulo Roberto de (Coord.). **Mercosul, Nafta e Alca: a dimensão social**. São Paulo: LTr, 1999.

CHALOULT, Yves. Relações Mercosul, ALCSA, ALCA e papel do Estado. In: CHALOULT, Yves; ALMEIDA, Paulo Roberto de (Coord.). **Mercosul, Nafta e Alca: a dimensão social**. São Paulo: LTr, 1999.

CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes; CHIARELLI, Matteo Rota. **Integração: direito e dever**. São Paulo: LTr, 1992.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. **A regulamentação das relações de trabalho individuais e coletivas no âmbito do Mercosul**. São Paulo: LTr, 2000.

DELGUE, Juan Raso. Lãs relaciones de trabajo en America Latina. In: LIMA E SILVA, Diana de; PASSOS, Edésio (Coords.). **Impactos da globalização: relações de trabalho e sindicalismo na América Latina e Europa**: teses do grupo de Bologna/Seminário Internacional do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2001.

DROMI, Roberto; EKMEKDJIAN, Minguel; RIVEIRA, Júlio C. **Derecho comunitário: sistemas de integraciona - regimen del Mercosur**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. **Harmonização da legislação trabalhista e conflito especial de leis no Mercosul**. Repertório IOB de Jurisprudência, 2a quinzena maio/1996, no 10/96.

GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. **O direito do trabalho no Mercosul**. São Paulo: LTr, 1999.

KÜMMEL, Marcelo Barroso. **As convenções da OIT e o Mercosul**. São Paulo: LTr, 2001.

MAGANO, Octavio Bueno. Internacionalização de relações de trabalho. In: BAPTISTA, Luiz Olavo et al. (Coord.). **Direito e comércio internacional: tendência e perspectivas**. São Paulo: LTr, 1994.

MANSUETI, Hugo Roberto. **Direito sindical no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2004.

MONTOYA, Silvia. **La integración de los mercados laborales y el Mercosur.** Revista de Trabajo, jul./ago./1994.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical.** São Paulo: LTr, 2ª ed., 2000.

NORRIS, Roberto. **Contratos coletivos supranacionais de trabalho e a internacionalização das relações laborais no Mercosul.** São Paulo: LTr, 1998.
ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **Relações de trabalho na integração regional. Direito do trabalho na integração regional.** São Paulo: Observador Legal, 2002.

Organização Internacional do Trabalho - OIT. **Conclusiones relativas a la promoción de empresas sostenibles.** Ginebra: OIT, 2008.

Organização Internacional do Trabalho - OIT. **El desafío de la promoción de empresas sostenibles en América Latina y el Caribe: un análisis regional comparativo.** Lima: OIT/ACTEMP, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2013.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações do trabalho.** 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **A harmonização da legislação no trabalho do Mercosul.** Revista LTr, v. 57, jan. 1993.

URIARTE, Oscar Ermida. **El Mercosur y los Aspectos Laborales.** Revista de Trabajo, jul./ago., 1994.

URIARTE. **Característica, conteúdo e eficácia de uma eventual carta social do MERCOSUL.** In: RODRIGUES, Aluisio (Coord.). Direito constitucional do trabalho. São Paulo: LTr, 1997. v. 2.

URIARTE. **La dimensión social del Mercosur.** Montevideu: Fundación de Cultura Universitaria, 2004.

VIGEVANI, Tullo. **Mercosul: impactos para trabalhadores e sindicatos.** São Paulo: LTr, 1998.

VIGEVANI, Tullo; VEIGA, João Paulo. **Mercosul: Interesses e mobilização social.** Estudos avançados - coleção documentos, série Assuntos Internacionais 41.2, 1995. v. 3.

Artigo recebido em: 11/06/2017

Artigo aceito em: 16/08/2017

REVISTA
**DIREITO SEM
FRONTEIRAS**

I. DOCTRINA NACIONAL

2

**O DIREITO DE PARTIR DOS REFUGIADOS NO DIREITO
COSMOPOLITA**

**THE REFUGEES' RIGHT TO LEAVE ACCORDING TO THE
COSMOPOLITAN LAW**

Lissandra Espinosa de Mello Aguirre¹
Thais Magrini Schiavon²

1 Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1997) e Mestrado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2003). Doutora em Direito da UFPR, Universidade Federal do Paraná. Advogada. Atualmente é Professora Concursada da Universidade do Oeste do Paraná - Curso de Direito, Campus F. IGU/PR. Tem experiência na área de Direito Administrativo e Constitucional. Membro Pesquisadora do Grupo Hermenêutica Jurídica e Novas Tendências do Direito Contemporâneo da UNIOESTE, Campus Foz do Iguaçu/PR. Autora radicada no Brasil. E-mail: lissandraaguirre@gmail.com

2 Pós-graduanda em Direito Internacional pelo Centro de Estudos em Direito e Negócios (CEDIN) e bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – campus de Foz do Iguaçu/PR. Tem interesse de atuação na área de direito internacional, especialmente negócios e contratos internacionais. Autora radicada no Brasil. E-mail: thaismagrinis@gmail.com.

Como citar este artigo:

AGUIRRE, Lissandra Espinosa de Mello; SCHIAVON, Thais Magrini; **O direito de partir dos refugiados no direito cosmopolita** - Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. Jul/Dez. 2017; v. 1 (2): 37-54.

RESUMO

O presente artigo tem como escopo a análise do direito de partir dos refugiados a partir do direito cosmopolita nas percepções de Immanuel Kant e Jacques Derrida, em razão da atual conjuntura do cenário mundial em que cresce o número mundial de refugiados anualmente. Para tanto, foram abrangidas as áreas da filosofia do direito e do direito internacional, utilizando-se do método dialético-dedutivo, através da leitura e análise de livros, artigos científicos e convenções internacionais. Assim, analisou-se o instituto jurídico do refúgio como meio de proteção aos direitos humanos e o direito de partir dos refugiados sob a ótica do direito cosmopolita. Concluiu-se pela necessidade da unificação dos Estados em torno dos direitos consagrados pela Declaração Universal de Direitos Humanos e pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, assim como pelo conceito de direito cosmopolita, a fim de proteger os refugiados das diversas violações de direitos que sofrem constantemente.

Palavras-chave: Direito Cosmopolita. Refugiado. Direito de partir. Direitos Humanos. Hospitalidade.

ABSTRACT

This article aims to analyze the right to leave of the refugees through the sight of cosmopolitan law in the perceptions of Immanuel Kant and Jacques Derrida, due to the current situation of the world scenario in which the world number of refugees grows annually. To do so, the areas of philosophy of law and international law were covered using the dialectic-deductive method, through the reading and analysis of books, scientific articles and international conventions. Thus, the legal institute of the refuge was analyzed as a means of protecting human rights and the right to leave of the refugees from the perspective of cosmopolitan law. It was concluded by the need of the unification of the States around the rights that were consecrated in the Universal Declaration of Human Rights and the Convention Relating to the Status of Refugees of 1951, as well as the concept of cosmopolitan law, in order to protect refugees from various rights violations, which they constantly suffer.

Keywords: Cosmopolitan Law. Refugee. Right to leave. Human Rights. Hospitality.

INTRODUÇÃO

Atualmente, milhares de refugiados saem de seus países de origem em busca de um novo local para morar, por diferentes motivos: guerras, motivos ambientais, perseguições políticas, religiosas, ideológicas, entre outros.

O que se percebe é que, senão em todos, na maioria dos casos o principal violador direta ou indiretamente de direitos humanos desses países dos quais milhares de pessoas se esvaem é o próprio Estado, o qual deveria protegê-las. Assim, a população não vê outra solução possível senão a de partir, ou seja, de ir embora e tentar reconstruir a vida em outro lugar.

Por isso que, ano a ano, o número de refugiados cresce em todo o mundo e viraliza-se a busca por uma vida digna em um local desconhecido.

Nessa conjuntura, o foco principal desse artigo é esmiuçar o conceito do direito de partir dos refugiados sob a perspectiva do direito cosmopolita como forma de proteção de direitos humanos.

Assim, o primeiro capítulo analisa o direito cosmopolita nas visões de Immanuel Kant e de Jacques Derrida, ambos filósofos que focalizam seu exame sobre o tema através do conceito de hospitalidade desenvolvido por Kant, porém sob diferentes perspectivas.

Enquanto Kant se posiciona sobre uma visão jusnaturalista sobre o tema e conclui pela utilização do conceito de “hospitalidade” para limitar a natureza humana a fim de atingir a paz universal sob a ótica o direito cosmopolita, Derrida é um desconstrutivista que atrela o conceito de “hospitalidade” ao direito, à política e à ética.

Logo, o capítulo um foi dividido em dois tópicos, de modo que fosse possível ser feita a apreciação detalhada sobre o assunto sob a percepção de ambos os filósofos, a qual é importante, pois enriquece a compreensão sobre o direito de refúgio no âmbito filosófico e auxilia no entendimento das razões pelas quais não só as pessoas saem dos seus países, mas também porque os outros países têm o dever de recebê-las – e qual seria esse dever.

Nessa seara, o segundo capítulo é inaugurado pela análise do instituto jurídico do refúgio como forma de proteção de direitos humanos. Para tanto, apresenta-se sua conceituação, sua diferenciação com o instituto do asilo e sua previsão legal, para, enfim, observá-lo como meio de proteção de direitos.

Entretanto, a proteção conferida aos refugiados é uma via de mão dupla, a qual é composta de deveres e direitos que devem ser respeitados por ambas as partes: os países receptores e os refugiados. Tais questões serão exploradas na primeira parte do segundo capítulo do artigo.

No último tópico do artigo, se buscará aprofundar o estudo relacionado ao direito de partir, enunciado no artigo 13 (2) da Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU, 1948).

Para tanto, será necessário compreender as bases históricas relacionadas à elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos e as razões pelas quais a Organização das Nações Unidas adotou o direito de partir na sua confecção.

A partir dessa compreensão, verificar-se-á a efetividade do direito de partir, passando ao exame do limite humanitário imposto ao direito dos Estados de negarem o refúgio a uma pessoa.

1. O DIREITO COSMOPOLITA NAS VISÕES DE IMMANUEL KANT E JACQUES DERRIDA

O direito cosmopolita surge com a perspectiva de unificar os povos e de construir canais de comunicação entre os seres humanos, que durante anos travaram guerras uns contra os outros (SILVA, 2009, p. 875).

A ideia do direito cosmopolita foi difundida na Era Moderna pelo filósofo alemão Immanuel Kant em seu ensaio “A Paz Perpétua: Um Projeto Filosófico”, no

qual delineou que o direito cosmopolita seria o meio pelo qual os homens poderiam, finalmente, alcançar a paz perpétua, a partir de uma visão jusnaturalista (KANT, 2008).

Em contrapartida, o filósofo Jacques Derrida, desconstrutivista, encara o direito cosmopolita sob uma perspectiva mais realista e menos concreta do que a idealizada por Kant, na principal obra que fala sobre o assunto, chamada de “on cosmopolitanism and forgiveness” (DERRIDA, 2005).

Ambas as conceituações acabam por complementar-se, pois enquanto Kant chega a ser utópico em suas considerações, Derrida se mostra demasiado realista, razão pela qual as duas interpretações serão analisadas.

1.1 A hospitalidade kantiana e a paz perpétua: uma percepção jusnaturalista do direito cosmopolita

Immanuel Kant é reconhecido como o precursor do direito cosmopolita na Era Moderna, e o desenvolvimento do seu conceito sobre o assunto, no ensaio “A Paz Perpétua: Um Projeto Filosófico” escrito em 1795 teve como parâmetro limitador o que chamou de “hospitalidade”.

Para desenvolver a sua teoria sobre o direito cosmopolita, Kant analisou o comportamento humano e Estatal, e reconheceu que o estado natural de convivência do homem não é a paz, mas sim o estado de guerra, e que quando os homens se encontram em um estado de paz, eles nunca verdadeiramente o estão, pois sempre haverá uma constante ameaça de guerra, devido à natureza humana (KANT, 2008, p. 12).

Assim, para Kant, o homem não consegue conviver em sociedade plenamente em paz porque sua natureza não o permite. É próprio do ser humano afastar-se da vida em comunidade, o que torna não só difícil a manutenção de uma convivência humana pacífica num grupo de pessoas, mas também o alcance da almejada paz universal.

O filósofo, entretanto, não traz uma definição explícita do que entende pela natureza humana. Em realidade, Kant faz uma análise das considerações de Jean-Jacques Rousseau sobre o tema, e, ao final, conclui que o homem por natureza é bom, mas, ao mesmo tempo, há nele uma propensão “[...] a desejar ativamente o ilícito, ainda que saiba que é ilícito [...]” (KANT, s/a, s/p).

Frente a essa natureza humana e, para que tal paz perpétua pudesse ser factível, Kant vislumbra que as constituições dos Estados deveriam ser republicanas, o direito das gentes deveria se fundar em uma federação de Estados livres e o direito cosmopolita deveria ser limitado à hospitalidade (KANT, 2008, p. 11, 15 e 20).

A primeira, porque está baseada nos princípios da liberdade, da submissão de todos a uma legislação comum e da igualdade de todos enquanto cidadãos (KANT, 2008, p.11), e a segunda abarcaria uma federação que manteria e garantiria a paz de um Estado para si mesmo e para com os outros Estados federados, assegurando-os a liberdade (KANT, 2008, p.18).

Com relação a esses pontos, Kant aproxima-se do pensamento de Jean-Jacques Rousseau, para o qual a natureza humana é de força e extrema liberdade e que era necessário encontrar uma forma de associação que defendia e protegia de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, [...] permaneça tão livre como anteriormente (ROUSSEAU, s/a, p. 09).

Segundo Rousseau (s/a, p.09), tal seria possível através do contrato social, em que as pessoas se uniriam em sociedade, dispondo de parcela de sua liberdade em prol do bem do comum para proteger a espécie humana, que findaria se o contrato social não fosse constituído, face à natureza do homem.

Esta aproximação se dá quando Kant (2008, p. 11) afirma que a constituição republicana, “[...] é a única que deriva da ideia do contrato originário, em que se deve fundar toda a legislação jurídica de um povo [...]”.

Assim, vê-se que o filósofo alemão preocupa-se com que a legislação seja de tal forma estruturada que possa, de fato, controlar a natureza humana, que tendência ao ilícito.

De acordo com Kant (2008, p.11), as constituições podem assumir três feições distintas, dependendo de quem esteja sob sua jurisdição, sendo elas: a) *ius civilitatis*, baseada no direito político dos homens na sociedade; b) *ius gentium*, focado no direito das gentes dos Estados em suas relações recíprocas; ou, c) *ius cosmopolitanum*, segundo o direito cosmopolita, que considera os homens e os Estados como cidadãos de um estado universal da humanidade, exercendo uma relação de influência recíproca.

O direito cosmopolita, então, visualiza haver uma relação universal entre todas as pessoas situadas no globo, desconsiderando as fronteiras e reconhecendo a existência de direitos e deveres iguais e recíprocos a todos os indivíduos que habitam o planeta Terra, pretendendo criar um vínculo entre todos eles.

Entretanto, Kant assevera que esse direito cosmopolita deve ser limitado à hospitalidade universal, descrita pelo filósofo como sendo “[...] o direito de um estrangeiro a não ser tratado com hostilidade em virtude da sua vinda ao território de outro” (KANT, 2008, p.20), referindo-se não a uma virtude de sociabilidade e generosidade, mas a um direito de todos (BENHABIB, 2004, p. 26): o direito de circular livremente em qualquer território independentemente de sua origem.

Segundo Seyla Benhabib, o direito de hospitalidade, na forma trazida por Kant, ocupa um espaço entre os direitos humanos e os direitos civis e concede: “[...] the right of peaceful temporary sojourn, but it does not entitle one to plunder and exploit, conquer and overwhelm by superior force those among whom one is seeking sojourn. Yet the cosmopolitan right is a right precisely because it is grounded upon the common humanity of each and every person and his or her freedom of will which also includes the freedom to travel beyond the confines of one’s cultural, religious, and ethnocentric walls” (BENHABIB, 2004, p. 27 e 40).³

Assim, Kant reconhece existir um direito universal de trânsito, que possibilita a todas as pessoas circular livremente nos quatro cantos do mundo, contanto que não ajam com desrespeito e violência onde estiverem.

Dessa forma, os Estados anfitriões dos estrangeiros ficariam, de certa forma, proibidos de impedir a entrada de uma pessoa em seu território se essa não estiver cometendo algo que lhe cause dano.

3 “[...] o direito de permanência temporária pacífica, mas não lhe dá direito para roubar e explorar, conquistar e dominar pela força superior àqueles entre os quais ele está buscando permanência. No entanto, o direito cosmopolita é um direito precisamente porque é fundamentado na humanidade comum de todos e de cada pessoa e sua liberdade de vontade, que também inclui a liberdade de viajar além dos limites de suas barreiras culturais, religiosas e etnocêntricas”. Tradução livre pelas autoras.

Isso porque, Kant (2008, p. 20) acredita que os homens “[...] devem finalmente suportar-se uns aos outros, pois originariamente ninguém tem mais direito do que outro a estar num determinado lugar da Terra.”

Apesar de seu discurso cosmopolita aparentar que o homem tem direito a permanecer onde quer que deseje, não se deve esquecer que o filósofo defende ao estrangeiro apenas o direito de residência temporária, em nome exclusivamente ao direito universal de trânsito.

Benhabib (2004, p. 49) explica que “Kant was concerned that the granting of the right to permanent residency should remain a privilege of self-governing republican communities. Naturalization is a sovereign privilege”.⁴

Logo, por mais que Kant reconheça o direito de trânsito – ou, em suas palavras, direito de superfície (KANT, 2008, p. 20) – e defenda a evolução do Direito para um direito cosmopolita como um dos passos para alcançar a paz perpétua, ele não descarta existir a soberania de cada país e que ela deve ser respeitada, inclusive porque os cidadãos dispuseram de parcela de sua liberdade e se submeteram a viver em sociedade como forma de proteção à natureza humana, naturalmente violenta.

Contudo, Kant é mais flexível na sua percepção sobre a soberania estatal. Explica Benhabib que “Kant paved the way from Westphalian to a liberal understanding of sovereignty. It is also remarkable that crossborder relationships which arise out of the need of travelers, discoverers, refugees, and asylees were accorded such a significant role in delineating cosmopolitan right. Kant clearly demarcated the tensions between the injunctions of a universalistic morality to offer temporary sojourn to all and the legal prerogative of the republican sovereign not to extend such temporary sojourn to full membership” (BENHABIB, 2004, p. 42-43).⁵

Portanto, infere-se que o filósofo defende o desenvolvimento de um direito cosmopolita, que permita a livre circulação de pessoas por período temporário, prevalecendo a soberania do Estado no que tange à concessão de autorização de permanência de estrangeiros por maior período em seu território.

Contra ponto Kant, o francês Jacques Derrida apresenta seu ponto de vista, criticando o filósofo alemão e se opondo à ideia de hospitalidade e de direito cosmopolita sob uma perspectiva desconstrutivista.

1.2 O desconstrutivismo de Jacques Derrida: a hospitalidade e o direito cosmopolita

Jacques Derrida é um filósofo argeliano desconstrutivista, sendo assim contemplado, pois analisa o Direito sob uma perspectiva capaz de confrontar “[...] verdades cristalizadas, complicando as crenças estabelecidas e lembrando aos juristas os paradoxos sobre os quais se assentam seus discursos [...]” (COSTA, 2007, s/p).

4 “Kant estava preocupado que a concessão do direito de residência permanente deveria permanecer um privilégio de comunidades republicanas autônomas. Naturalização é um privilégio soberano”. Tradução livre pelas autoras.

5 “Kant abriu o caminho a partir de Vestefália a uma compreensão liberal de soberania. É também notável que às relações transfronteiriças que surgem a partir da necessidade dos viajantes, descobridores, refugiados e asilados foram atribuídas um papel tão importante no delineamento do direito cosmopolita. Kant demarcou claramente as tensões entre as injunções de uma moral universalista para oferecer permanência temporária a todos e a prerrogativa legal do soberano republicano a não alargar essa permanência temporária à todos.” Tradução livre pelas autoras.

Considera-se que o desconstrutivismo apresenta ideias afirmativas – mas não positivas (DERRIDA; CAPUTO, 1997, p. 129), e pretende desestabilizar os dogmas do Direito, apresentando-o como sendo uma violência sem fundamento, sem, contudo, propor alguma solução para alterá-lo ou substituí-lo (COSTA, 2007, s/p).

Sob essa percepção desconstrutivista, Derrida fez uma releitura à obra “Paz Perpétua: Um Projeto Filosófico” de Immanuel Kant no livro “Cosmopolities de tous les pays, encore un effort!”, escrito em 1997, em uma perspectiva predominantemente contrária a ela – apesar de haver encontro de ideias em alguns pontos.

Derrida, assim como Kant, entende que os homens devem oferecer hospitalidade aos seus semelhantes para alcançar a humanidade (STILL, 2010, p. 246) e que as pessoas devem ser tratadas com hospitalidade quando estiverem em trânsito em outro país, que não o seu de origem (DERRIDA; CAPUTO, 1997, p. 113).

Mas suas concepções deixam de se encontrar aí. Derrida assevera que a aceitação ou recusa de imigrantes asilados ou refugiados nos países depende do interesse demográfico-econômico do Estado receptor (DERRIDA, 2005, p. 11-12), e adverte que “the discourse on the refugee, asylum or hospitality, thus risks becoming nothing but pure rhetorical alibis” (DERRIDA, 2005, p. 13).⁶

Diferentemente de Kant, que considera a escolha da permanência de um estrangeiro no país como sendo algo intrínseco ao soberano, Derrida, além de vincular a escolha do Estado à sua situação econômica, também critica a forma pela qual as polícias lidam com o cumprimento da decisão que concede o direito de permanência.

Segundo ele, “under the pretext of combating economic immigrants purporting to be exiles from political persecution, the states reject applications for the right to asylum more often than ever. Even when they do not do so in the form of an explicit and reasoned (motivée) juridical response, they often leave it to their police to enforce the law; one could cite the case of a Kurd to whom a French tribunal had officially granted the right to asylum, but who was nevertheless deported to Turkey by the police without a single protest. As in the case of many other examples, notably those to do with ‘violations of hospitality’(...)” (DERRIDA, 2005, p. 13-14).⁷

Derrida expõe de forma contundente a realidade do país em que viveu boa parte de sua vida, a França, para exemplificar suas impressões sobre uma situação que considera generalizada no mundo: os Estados não agem com hospitalidade e tampouco se esforçam para fazê-lo, além de permitirem que suas polícias ajam livre e arbitrariamente (DERRIDA, 2005, p. 14).

Por esta razão, e verificando que há a violação de direitos por parte da polícia, que o filósofo defende que elas deveriam assumir um papel administrativo sob a fiscalização de autoridades políticas. A partir disso, para ele, os direitos humanos e o direito ao asilo seriam respeitados de fato (DERRIDA, 2005, p. 15).

6 “O discurso sobre o refugiado, asilo ou de hospitalidade, assim, corre o risco de tornar-se nada além de retórica pura”. Tradução livre pelas autoras.

7 “Sob o pretexto de combater imigrantes econômicos que se apresentem exilados por perseguição política, os estados rejeitam os pedidos para asilo mais frequentemente do que nunca. Mesmo quando eles não o fazem de forma explícita e juridicamente fundamentada (motivada), muitas vezes deixam para polícia fazer cumprir a lei; pode-se citar o caso de um curdo a quem um tribunal francês tinha concedido oficialmente o direito de asilo, mas que foi, no entanto, deportado para a Turquia pela polícia sem um único protesto. Como no caso de muitos outros exemplos, notadamente as relacionadas com “violações de hospitalidade ‘(...)’”. Tradução livre pelas autoras.

Derrida intervém pró-direito ao asilo e, apesar de não verificar a hospitalidade na atuação estatal, acredita que ela está ligada à cultura e à ética, pois se figura em sendo a maneira pela qual nos relacionamos conosco e para com o outro, seja com os estrangeiros ou não, e quando existe uma lei que trata sobre o assunto, ela é limitadora e impõe uma condição para inclusão do outro em seu território (DERRIDA, 2005, p.16-17).

Ao afirmar isso, Derrida acaba por alargar a discussão da hospitalidade, pois a reconhece como sendo mais abrangente do que a vista por Kant, o qual critica por limitar a concepção de hospitalidade a um direito de visita enquanto acredita que o direito de residência deveria ser objeto de um tratado entre Estados, bem como por atrelá-la à soberania estatal (DERRIDA, 2005, p. 21).

Isso porque o filósofo tenta analisar a hospitalidade kantiana por uma perspectiva mais moderna – incondicional e transnacional – vinculada ao direito, à política e à ética. Aliás, Derrida não consegue desvincular a hospitalidade do direito, explicando que “[...] l’hospitalité absolue exige que j’ouvre mon chez-moi et que je donne non seulement à l’étranger [...] mais à l’autre absolu, inconnu, anonyme, et que je lui donne lieu, que je laisse venir, que je le laisse arriver, et avoir lieu dans ce lieu que je lui offre, sans lui demander ni réciprocité (l’entrée dans un pacte) ni même son nom. La loi de l’hospitalité absolue commande de rompre avec l’hospitalité de droit, avec la loi ou la justice comme droit” (DUFOURMANTELLE; DERRIDA, 1997, p. 29 apud GIESEN, 2003).⁸

Dessa forma, é possível observar que Derrida distingue a hospitalidade em dois tipos: a absoluta, em que não há controle de entrada ou qualquer critério restritivo à aceitação da autorização de permanência, e a de direito, limitada pela lei (DERRIDA, 2005, p. 21).

Segundo ele, é preciso que encontre um meio-termo, transformando e adaptando o direito às leis incondicionais com as leis condicionais de hospitalidade (DERRIDA, 2005, p. 22-23). A partir disso, pode-se perceber que Derrida impõe algumas limitações ao seu exercício, pois diz que, ao receber “estranhos” em seu território, a comunidade que nele vive deve agir do mesmo jeito, sem alterar seu modo de viver pela vinda de um terceiro (DERRIDA; CAPUTO, 1997, p. 113).

Em realidade, não se deve mudar a forma como se vive ou seus costumes pelo fato de ser hospitaleiro. Recepcionar detona o acolhimento de uma pessoa ou um grupo de pessoas dentro de seu pequeno universo, seja ele sua casa ou seu país.

A adaptação, portanto, deve partir daquele que está sendo acolhido. Entretanto, é preciso que haja uma flexibilidade para que a comunidade receptora não se torne tão fechada aos costumes dos recém-chegados, posto que, se “[...] a community is too welcoming, it loses its identity; if it keeps its identity, it becomes unwelcoming” (DERRIDA; CAPUTO, 1997, p. 113).⁹

8 “[...] a hospitalidade absoluta exige que eu abra a minha casa e que eu a dê não somente ao estrangeiro [...], mas ao outro absoluto, desconhecido, anônimo, e que eu lhe dê lugar, que eu o deixe vir, que eu o deixe chegar, e ter lugar nesse lugar que eu lhe oferecer, sem lhe pedir nem reciprocidade (a entrada em um pacto) nem mesmo o seu nome. A lei de hospitalidade absoluta comanda de romper com a hospitalidade de direito, com a lei ou a justiça como lei.” Tradução livre pelas autoras.

9 “[...] a comunidade é muito acolhedora, ela perde sua identidade; se ela mantém sua identidade, ela se torna hostil”. Tradução livre pelas autoras.

Derrida propõe que a hospitalidade seja a conciliação entre a manutenção das leis, costumes e crenças do povo local com o respeito dos costumes e crenças próprias e características do estrangeiro que chega ao país, de maneira que haja uma convivência pacífica entre ambas as partes.

Por esta razão que se diz que o autor imagina um projeto de hospitalidade, a ser construída (DUFOURMANTELLE; DERRIDA, 1997, p. 29 apud GIESEN, 2003), pois não há, atualmente, uma lei que concilie as perspectivas absolutas e de lei na forma como delineada pelo filósofo.

A intenção futurística de Derrida para o desenvolvimento dessa hospitalidade fica clara quando diz que “[...] I also imagine the experience of cities of refuge as giving rise to a place (lieu) for reflection – for reflection on the questions of asylum and hospitality – and for a new order of law and a democracy to come to be put to the test (expérimentation) Being on the threshold of these cities, of these new cities that would be something other than ‘new cities’, a certain idea of cosmopolitanism, an other, has not yet arrived, perhaps.

– If it has (indeed) arrived . . .

– . . . then, one has perhaps not yet recognised it” (DERRIDA, 2005, p. 23).¹⁰

É possível perceber que o filósofo não chega a falar especificamente sobre o direito cosmopolita, suas vertentes ou seus alcances, mas se limita a descrever que de fato ele existe, e a alertar que ainda não foi reconhecido pelos Estados.

Portanto, para Derrida, a datar do reconhecimento do direito cosmopolita é que se poderia especificar a hospitalidade conforme o idealizado: com abertura de caminho às pessoas tanto ao trânsito quanto à permanência, e o exercício do respeito mútuo pelos locais para com os estrangeiros, e vice-versa.

2. O REFÚGIO, A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO DE PARTIR

A concretização da concepção de cosmopolitismo, como visto em ambas as conceituações trazidas por Immanuel Kant e Jacques Derrida, mostra-se ser extremamente emergente à luz da realidade atual dos milhares de asilados que vivem em busca de um novo local para fixar residência e reconstruir sua vida.

Quaisquer sejam os motivos pelos quais milhares de pessoas deixam suas casas, o fato é que, acompanhadas das histórias desses refugiados, nota-se que suas trajetórias estão marcadas pela violação de direitos humanos, além da omissão do Estado em protegê-los.

De acordo com as estatísticas publicadas pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR ou, em inglês, UNHCR), no ano de 2015, 65,3 milhões de pessoas foram forçadas a sair de seus países em razão de perseguição, conflitos, violência generalizada ou violação de direitos humanos. Dentre esse número, 21,3 milhões de pessoas eram refugiados (UNHCR, 2015).

¹⁰ “[...] Imagino também que a experiência de cidades de refúgio deram origem a um lugar (lugar, espaço) para a reflexão sobre as questões do asilo e da hospitalidade - e para uma nova ordem de direito e uma democracia para vir a ser posta à prova (experimentação). Estando no limite dessas cidades, destas novas cidades que seria algo diferente de “novas cidades”, uma certa ideia de cosmopolitismo, uma outra, ainda não tenha chego, talvez. - Se ele (de fato) chegou. então, talvez não o tenham reconhecido.” Tradução livre pelas autoras.

Partir era a única solução que essas pessoas tinham para preservar seus direitos e reconstruir sua vida em um local onde pudessem viver com dignidade. E, por essa razão, que o instituto do refúgio se mostra tão importante na proteção dos direitos humanos.

2.1 O instituto jurídico do refúgio como forma de proteção aos direitos humanos

O asilo foi reconhecido internacionalmente pela primeira vez na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹¹, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris em 1948, na qual, em seu artigo 14 (1), consagra que “todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países” (ONU, 1948).

Apesar de, a priori, aparentar que os institutos do asilo e do refúgio são idênticos, há algumas diferenças essenciais em sua conceituação. Por exemplo, as garantias protetivas aos asilados lhe são outorgadas somente após a concessão do asilo, e, enquanto o requerente permanece no país aguardando a resposta de seu pleito – se o fizer já estando dentro do “novo” território –, sua situação é de ilegalidade (GOVERNO FEDERAL, s/a).

Já a concessão do refúgio está intimamente ligada ao fato do requerente sofrer algum tipo de perseguição em seu território de origem, assim, logo durante o processo de refúgio lhe são assegurados direitos, como a abstenção do Estado em expulsá-lo ou extraditá-lo (GOVERNO FEDERAL, s/a).

Mas apesar da sutileza da diferença entre seus conceitos, ambos se complementam. Isso porque, todo pedido de refúgio, é, em verdade, um pedido de asilo: um pedido de salvaguarda dos direitos e de proteção da dignidade da pessoa humana.

A concepção de refúgio foi mais bem desenvolvida, e mundialmente reconhecida, a partir da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951¹², que o descreveu em seu artigo 1º como sendo: “[...] Para os fins da presente Convenção, o termo “refugiado” se aplicará a qualquer 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” (ONU, 1951).

Forçoso verificar através desse conceito que, além dos direitos dos refugiados não serem assegurados pelos seus Estados de origem, são eles próprios que os violam ou que se omitem no seu papel de protetor quando verificam alguma situação que gere a violação de direitos contra seus cidadãos.

Logo, pode-se dizer que para “[...] os refugiados não é o status de sua nacionalidade, mas a ausência de proteção estatal, o elemento essencial para sua conceituação” (OTHMAND-CHANDE, 1993, p.104 apud PIOVESAN, 2016, p. 258).

Desta forma, o refugiado não vê solução para sair do cenário em que se encontra, a não ser procurar um novo local para fixar sua residência. E por isso,

11 Doravante denominada Declaração.

12 Doravante denominada Convenção de 1951.

tão importante se faz a figura da hospitalidade, anteriormente desenvolvida, porque essas pessoas, cujos direitos humanos foram violados, precisam ser acolhidas em um ambiente que lhes proporcione o mínimo de dignidade.

Nessa conjuntura, Flávia Piovesan (2016, p. 255) defende que “[...] todos os solicitantes de asilo têm o direito fundamental de solicitar o refúgio, sendo que esse ato jamais pode ser considerado como uma ofensa ou um crime, mas como o exercício de um direito universalmente assegurado.”

Aliás, após a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção de 1951, outros instrumentos foram instituídos, constatando e concedendo a proteção aos refugiados, como a Convenção sobre o Asilo de Havana de 1928, a Convenção sobre o Asilo Diplomático e sobre o Asilo Territorial, ambos de Caracas de 1954, o Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967 e a Convenção da Organização da Unidade Africana de 1969 (ACNUR, s/a, p.13-16).

Portanto, verifica-se haver uma preocupação das nações em proteger as pessoas que se encontram na circunstância de refugiado, principalmente face ao reconhecimento dos direitos humanos universais, para os quais “[...] a dignidade é inerente à pessoa e dessa condição decorrem direitos, independentemente de qualquer outro elemento. [...] essa proteção alcança tanto direitos civis e políticos como direitos sociais, econômicos e culturais” (PIOVESAN, 2016, p. 261).

A abrangência de proteção dos direitos humanos aos refugiados não pode ser limitada, visto o seu caráter indivisível e inerente à pessoa humana. Não há como separar a esfera de proteção dos direitos humanos: ou ela é integral, ou ela não existe.

Piovesan (2016, p. 264-267) alerta haver quatro momentos fundamentais em que o refúgio e os direitos humanos se encontram face a imperiosa necessidade de que sejam protegidos antes, durante e depois da concessão: a) a ameaça ou efetiva violação de direitos humanos, que fazem com que se busque o asilo; b) o abandono do lar face à perseguição; c) o refúgio em si; e, d) a solução para os refugiados.

Como a própria definição trazida pela Convenção de 1951, o motivo pelo qual os refugiados decidem sair de seus países de origem é a perseguição seja ela política, religiosa, por motivos de raça, etnia ou nacionalidade.

Atualmente também é possível perceber um crescimento pela busca dessa proteção por motivos de conflitos armados, como no caso da Síria que desde 2011 passa por uma guerra civil, bem como por motivos ambientais, por exemplo, o caso dos haitianos após o terremoto que atingiu aquele local em 2010.

Assim, em sofrendo algum tipo de violação de direitos humanos, busca-se o asilo. E, para tanto, os que sofrem com essa violação são obrigados a deixar seu lar em busca de segurança em um lugar desconhecido.

Por isso se diz que, quando há o êxodo nessas situações, “[...] os refugiados são expostos a violações de direitos humanos, não apenas no país do qual saem, como também no país a que chegam” (PIOVESAN, 2016, p. 265), pois nesse momento é que as famílias são separadas e onde ainda estão vulneráveis.

A hospitalidade se mostra essencial nesse momento de chegada ao país que se requer o refúgio, principalmente no que concerne ao direito universal de trânsito, como concebido por Immanuel Kant, e o direito a não ser levado preso ilegalmente, o que também é assegurado pela Convenção de 1951.¹³

13 Vide artigo 9. ONU. 1951.

Inclusive, tais direitos devem ser assegurados não só na chegada ao novo território, mas durante todo o período de refúgio. Isso porque, “[...] es hoy ampliamente reconocida la interrelación entre el problema de los refugiados, a partir de sus causas principales (las violaciones de derechos humanos), y, em etapas sucessivas, los derechos humanos: así, deben éstos últimos respetarse antes del processo de solicitud de asilo o refugio, durante el mismo y después de él (em la fase final de las soluciones duraderas). Los derechos humanos deben aquí ser tomados em su totalidad (inclusive los derechos económicos, sociales y culturales)” (TRINDADE, 1997, p. 323).¹⁴

Em contrapartida, os recém-chegados devem agir de forma respeitosa para com as leis do local que lhes acolheu, sendo essa uma obrigação consagrada pelo artigo 2º da Convenção de 1951 (ONU, 1951).

Por fim, o último momento retrata quais as possíveis soluções a serem trazidas para aquele refugiado, que podem ser: a repatriação voluntária, ou seja, o refugiado decide por si só voltar ao seu país de origem; a integração local, isto é, a permanência no local de acolhida; ou, ainda, o reassentamento em outros países (PIOVESAN, 2016, p. 267).

Nesse estágio, outros direitos devem ser estendidos aos refugiados, todos também garantidos pela Convenção de 1951¹⁵, como o direito a retornar ao país de origem, à nacionalidade, a não discriminação, à participação política, entre outros.

Assim, verifica-se que o instituto do refúgio está cercado pela proteção de diversos direitos humanos, desde antes da sua concessão, até para além dela. É através dele que a proteção de direitos é garantida àqueles cujos Estados foram incompetentes no exercício de suas obrigações no campo dos direitos humanos: respeitar, proteger e implementar (PIOVESAN, 2016, p. 275). Aliás, a ligação entre o refúgio e os direitos humanos é tão estreita que se diz que hoje é “[...] impossível conceber o Direito Internacional dos Refugiados de maneira independente e desvinculada do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Esses Direitos têm em comum o objetivo essencial de defender e garantir a dignidade e a integridade do ser humano” (PIOVESAN, 2016, p. 260).

A defesa desses direitos perdura mesmo depois da concessão do refúgio. A mais importante delas está retratada em um princípio dos direitos humanos, chamado princípio do non-refoulement, consagrado no artigo 33 da Convenção de 1951, pelo qual os refugiados não podem ser obrigados a retornar para o país origem, onde seus direitos foram violados e sua liberdade ou vida estejam ameaçadas (PIOVESAN, 2016, p.266).

Tal artigo dispõe, expressamente em seu item (1), que “nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas” (ONU, 1951).

14 “[...] hoje é amplamente reconhecida a inter-relação entre o problema dos refugiados, a partir de suas principais causas (violações de direitos humanos), e, em sucessivas etapas, dos direitos humanos: assim, devem estes últimos serem respeitados antes do processo de requerimento de asilo ou refúgio, durante e depois dele (na fase final de soluções duradouras). Os direitos humanos devem aqui serem tomados em sua totalidade (incluindo os direitos econômicos, sociais e culturais)”. Tradução livre pelas autoras.

15 Vide artigos 13, 15, 2º e 21. ONU. 1951.

Logo, esse princípio enuncia o direito do refugiado não ser repatriado contra sua vontade para o local do qual teve que fugir, de cujo Estado violou direitos, e de onde foi perseguido. Podemos dizer que, em uma analogia, é o direito ao não retrocesso no campo dos direitos humanos.

E, do mesmo passo que não se pode permitir que uma pessoa seja obrigada a retornar, tampouco se deve determinar sua permanência em um ambiente que lhe gere violência ou que não a garanta seus direitos básicos. Portanto, a todos é assegurado, também, o direito de partir.

2.1 Os refugiados e o direito de partir

Ninguém escolhe se tornar um refugiado. Benhabib (2004, p. 55) assevera que, “one becomes a refugee if one is persecuted, expelled, and driven away from one’s homeland; [...] one is a displaced person if, having been once rendered a refugee, a minority, or a stateless person, one cannot find another polity to recognize one as its member, and remains in a state of limbo, caught between territories none of which desire one to be its resident.”¹⁶

Nessa seara, de total desprezo do Estado com a proteção dos direitos humanos de seus cidadãos, a adoção da Declaração dos Direitos do Homem pela Organização das Nações Unidas, configurou-se como sendo o instrumento da esperança para muitos perseguidos na época.

Isso porque a Declaração “[...] destinava-se também a ser uma proteção muito necessária numa era em que os indivíduos já não estavam a salvo nos Estados em que haviam nascido [...]” (ARENDR, 1989, p. 324).

Ao voltar-se para a análise do contexto histórico da época em que a Declaração e a Convenção de 1951 foram elaboradas, verifica-se que os perseguidos, em sua maioria, o eram por razões políticas vinculadas ao pós-guerra.

Inicialmente surgiu a figura do apátrida após a Segunda Guerra Mundial, mas como explica Arendt, a partir dela que se desenvolveu legalmente a posição dos refugiados, que “[...] expulsos de seus países pela revolução social, eram desnacionalizados pelos governos vitoriosos. [...] A conduta desses governos pode hoje parecer apenas consequência natural da guerra; mas, na época, as desnacionalizações em massa constituíam fenômeno inteiramente novo e imprevisto. Pressupunham uma estrutura estatal que, se não era ainda inteiramente totalitária, já demonstrava a incapacidade de tolerar qualquer oposição, preferindo perder os seus cidadãos a abrigá-los com opiniões diferentes das vigentes” (ARENDR, 1989, p. 311).

Assim, basicamente as pessoas eram perseguidas por não concordarem com as diretrizes do governo de seus países. Quem não estava com o sistema, era forçado a se retirar dele, fato que acabou por gerar incertezas no âmbito internacional, pois não havia ainda uma regulamentação voltada aos refugiados.

16 “Uma pessoa se torna um refugiado se for perseguido, expulso, e expulso de sua terra natal; [...] uma pessoa é uma pessoa deslocada se, tendo sido uma vez um refugiado, uma minoria, ou um apátrida, não pode encontrar outra política para reconhecê-lo como seu membro, e permanece em um estado de limbo, preso entre territórios os quais nenhum deseja que ele seja seu residente”. Tradução livre pelas autoras.

E, visando a proteção das pessoas que sofriam perseguições políticas e civis no pós-guerra que houve a necessidade de instituir o que chamaremos de direito de partir.

O direito de partir foi delineado no artigo 13 (2) da Declaração e significa que “Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar” (ONU, 1948).

Este direito surge em nome da liberdade, um dos três pilares da Revolução Francesa e que serviu de base para constituição da Declaração, e indica que ninguém pode ser privado de partir de seu país de origem se seus direitos estiverem sendo violados e se o Estado não oferecer a proteção que lhe compete – e, o pior, se for ele mesmo o violador desses direitos.

A liberdade, nesse caso, não no sentido concebido no artigo 1º da Declaração – voltada à autonomia das pessoas –, mas especificamente relacionada ao direito de ir e vir, aproxima-se à ideia do direito universal de trânsito de Immanuel Kant.

Arendt afirma que mais do que a liberdade e a justiça, o direito de agir fica prejudicado quando uma pessoa é privada de seus direitos de cidadão. Para ela,

Algo mais fundamental do que a liberdade e a justiça, que são os direitos do cidadão, está em jogo quando deixa de ser natural que um homem pertença à comunidade em que nasceu, e quando o não pertencer a ela não é um ato da sua livre escolha, [...]. Esse extremo, e nada mais, é a situação dos que são privados dos seus direitos humanos. São privados não do seu direito à liberdade, mas do direito à ação; não do direito de pensarem o que quiserem, mas do direito de opinarem (ARENDRT, 1989, p.330).

A privação do direito à liberdade, seja ela no sentido autônomo, locomotor ou intelectual, fere essencial e profundamente a dignidade da pessoa humana, e ninguém pode ser obrigado a permanecer em um local que não lhe garanta o mínimo de dignidade.

Aliás, o direito de liberdade de trânsito visa “[...] evitar que o Estado ou outros indivíduos mudem as características étnicas, religiosas ou culturais de uma região ao obrigarem as pessoas a mudarem para ela ou deixarem-na” (POOLE, 2007, p. 128).

Ou seja, o direito de partir, além de proteger a dignidade do indivíduo, indiretamente acarreta a salvaguarda de suas raízes quando a perseguição se der por motivos étnicos, religiosos ou culturais.

Entretanto, é possível verificar pelo teor da disposição da Declaração, que tal direito dirige-se à tutela dos direitos daqueles que estão sendo perseguidos ou sofrendo algum tipo de violência, pouco importando com a situação do país receptor dos refugiados.

Por isso, observa-se haver uma via de mão dupla estabelecida na Declaração: se um Estado não for eficaz na preservação dos direitos de seus cidadãos, outro assumirá essa responsabilidade se for o destino de refúgio escolhido.

Ainda, diz-se que a Convenção de 1951 não dispõe especificamente sobre o direito ao asilo, mas tão somente ao direito do non-refoulement, o que acaba por gerar outro dever do Estado-receptor: o de não encaminhar as pessoas de volta ao seu país de origem (POOLE, 2007, p. 129).

Isso significa que, além de ter que arcar com as consequências do descaso do Estado originário, que violou direitos humanos de seus cidadãos, também deve abster-se de devolvê-los, já que seu retorno ao país de origem precisa ocorrer de forma voluntária.

E, por esse motivo que alguns países europeus têm imposto barreiras à entrada de refugiados em seu território após a saída maciça de tantos provenientes do Oriente Médio nos últimos anos.

Poole (2007, p. 130) adverte a diferença existente entre os países “em desenvolvimento” dos “ocidentais” no que tange à concessão do refúgio, indicando que a maioria dos países de recepção situam-se no mundo “em desenvolvimento” e não dispõem de recursos econômicos para arcar com o ônus de proteger aqueles que têm direito a proteção pelo direito internacional. Os países ocidentais já não têm o mesmo compromisso moral ou ideológico de oferecer proteção, embora mantenham a noção de que isso é semelhante à naturalização. Assim, os refugiados nesses países são vistos muitas vezes com suspeição como “falsários”, que pedem asilo apenas para burlar as exigências da imigração.

Tal receio não é algo que circunda a contemporaneidade, mas desde quando o instituto do refúgio foi adotado pelas Nações Unidas, porque, por ter como característica o caráter temporário, alguma solução deveria ser dada aos novos residentes, o que poderia acontecer pela repatriação ou pela naturalização.

Os países-receptores, desde aquela época, se preocupavam que o mínimo gesto de acolhida aos refugiados “[...] pudesse encorajar os países a se descartarem de seus residentes indesejáveis [...]” (HOLBORN, 1939 apud ARENDT, 1989, p. 315).

Entretanto, os Estados não podem permitir que pessoas continuem sofrendo em seus países de origem, seja quais forem os motivos – perseguição, violência generalizada ou problemas ambientais – por receio de quem irão acolher.

Todos têm o direito a uma vida digna e à possibilidade de recomeçar. Por isto, e em razão não só da atual urgência na solução dos milhares de refugiados que todos os anos buscam o direito ao asilo para proteger-se, mas também da globalização, que se há necessidade na construção de um direito cosmopolita.

Se as nações se unissem na concepção de um direito cosmopolita, e na ideia de que todos somos parte de uma grande civilização, a concretização dos direitos consagrados na Declaração e também na Convenção de 1951 ocorreria de forma mais efetiva do que a atual.

Segundo Arendt (1989, p. 330), nós “só conseguimos perceber a existência de um direito de ter direitos (e isto significa viver numa estrutura onde se é julgado pelas ações e opiniões) e de um direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada, quando surgiram milhões de pessoas que haviam perdido esses direitos e não podiam recuperá-los devido à nova situação política global.”

Assim, a proteção dos direitos humanos por meio do instituto do refúgio somente se dará em sua forma integral e realmente concreta quando os países desarmarem-se em prol da unidade, compartilhando dos sentimentos de compaixão e hospitalidade para com o próximo que passa por violação de direitos em seu país.

E, por fim, ao mesmo tempo em que se defende a concessão temporária de permanência no território quando em casos de violação de direitos humanos, acredita-se que deve haver o resguardo da soberania individual de cada Estado, de modo que eles escolham os requisitos necessários para outorga de sua nacionalidade a um estrangeiro.

Em verdade, dentre as soluções possíveis apresentadas por Piovesan para os refugiados, verifica-se que a mais positiva seria a repatriação dessas pessoas, de maneira que a cultura e a identidade do povo não sejam totalmente perdidas às custas da má governança local.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na conjuntura da realidade mundial atual, é impossível desconsiderar os intercâmbios que ocorrem todos os dias entre os diferentes cantos do mundo, tampouco há como retroceder e impedir que eles continuem a acontecer. A realidade é: estamos todos interligados, de uma maneira ou de outra.

O direito cosmopolita se atenta a essa realidade e busca unificar os povos através da tentativa da uniformização de legislações, interpretações e conceitos legais.

Entretanto, apesar da boa intenção do direito cosmopolita em aproximar os povos e extinguir as diferenças de tratamento dadas a um ou a outro a depender do território em que se encontrem, vislumbra-se a falta de interesse dos Estados para tentar concretizá-lo de fato, principalmente em nome da soberania estatal e dos interesses individuais de cada Estado.

Tal realidade é apresentada por Kant, que indica como uma das limitações à permanência do estrangeiro refugiado a escolha individual do soberano em aceitá-lo como residente permanente, assim como Derrida condiciona a escolha de conceder a residência fixa ao interesse demográfico-econômico do Estado.

Verifica-se, também, que na própria constituição da Declaração Universal de Direitos Humanos e da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, quando elaboradas disposições relativas ao instituto do refúgio, os Estados acreditavam que o seu uso seria temporário e restrito somente nos desdobramentos dos pós-Guerras Mundiais.

Logo, desde o princípio os países-receptores se colocaram numa posição de defesa frente aos refugiados, pois, ao mesmo tempo que reconheciam a necessidade em acolher as pessoas que estavam sofrendo perseguição na época, salvaguardavam-se em não abrir livremente suas fronteiras por receio de que houvesse o descarte dos residentes indesejáveis dos outros Estados para o seu território.

E esse pensamento persiste até os dias atuais: reconhece-se o direito das pessoas em sair do local em que estão sendo perseguidas, mas evita-se tratá-las com a hospitalidade idealizada por Kant por receio de que permaneçam em suas fronteiras.

Entretanto, devem os Estados se unir em torno dos direitos consagrados por aqueles dois instrumentos jurídicos e na concepção de um direito cosmopolita, de modo a proteger os refugiados.

Isso porque, o instituto do refúgio vai muito além de possibilitar a esperança de um recomeço digno de vida. É através do refúgio que diversos outros direitos são protegidos e assegurados, sendo, portanto, um instrumento fundamental na proteção de direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACNUR. **Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado** – de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados. p. 13-16. Disponível em: < http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/Manual_de_procedimentos_e_criterios_para_a_determinacao_da_condicao_de_refugiado>. Acesso em 05 ago 2016.

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BENHABIB, Seyla. **The right of others: aliens, residents and citizens**. Cambridge University Press. 2004.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito, desconstrução e justiça**: reflexões sobre o texto Força de Lei, de Jacques Derrida. Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional. Salvador: Mar-mai, 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/revistas/09542507/rv01_alexandrecoستا.pdf>. Acesso em 04 ago 2016.

DERRIDA, Jacques et CAPUTO, John N. **Deconstruction in a Nutshell: A conversation with Jacques Derrida**. Nova York: Fordham University Press. 1997.

DERRIDA, Jacques. **On cosmopolitanism and forgiveness**. Tradução de Mark Dooley e Michael Hughes. Londres: Taylor & Francis e-Library, 2005.

DUFOURMANTELLE, Anne, DERRIDA, Jacques, **De l'hospitalité**, Paris: Calmann-Lévy, 1997, p. 29, apud GIESEN, Klaus-Gerd. Le devoir de solidarité transnationale: Kant versus Derrida. Colloque SEI "Les solidarités transnationales". 21//22 octobre 2003. Disponível em: <<http://www.afsp.msh-paris.fr/activite/sei/seicoll03/sei03giesen.pdf>>. Acesso em 01 jun. 2016.

GOVERNO FEDERAL. Ministério da Justiça e Cidadania. **Entenda as diferenças entre refúgio e asilo**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/entenda-as-diferencas-entre-refugio-e-asilo>>. Acesso em 05 ago 2016.

HOLBORN, Louise W. "The legal status of political refugees, 1920-38", 1939, apud ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua**. Um Projecto Filosófico. Tradutor: Artur Morão. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf>. Acesso em 26 jun. 2016.

KANT, Immanuel. **Antropologia de um Ponto de Vista Pragmático**. Disponível em: <http://www.filosofia.com.br/figuras/livros_inteiros/171.txt>. Acesso em 22 set. 2016.

ONU. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. 1951. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1>. Acesso em 05 ago 2016.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 05 ago 2016.

OTHRMAND-CHANDE. Mohamed. The emerging international law: norms for refugee repatriation. *Reveu Hellenique de Droit International*, Atenas, v. 46, p. 104, 1993, apud PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p.258

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

POOLE, Hilary. **Direitos humanos: Referências essenciais**. Traduzido por Fábio Larsson. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato Social**. Tradutor: Rolando Roque da Silva. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>>. Acesso em 29 jul. 2016.

SILVA, Carla Pereira da. **Reflexões sobre desafios de um direito cosmopolita sustentado pela solidariedade**: a questão da vulnerabilidade nos paradigmas das modernidades sólida e líquida. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 104. Jan./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67880/70488>>. Acesso em 04 de jul. de 2016.

STILL, Judith. **Derrida and Hospitality: Theory and Practice**. Edinburgh University Press Ltd. 2010.

TRINDADE, Antonio A. Cañado. Derecho Internacional de los refugiados y derecho internacional de los derechos humanos: aproximaciones y convergencias. **Estudios Internacionales**. Año 30, nº 119/120. Jul-Dez. 1997. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/41391583>>. Acesso em 10 nov. 2016.

UNHCR. **Global Trends: Forced Displacement in 2015**. Disponível em: <<https://s3.amazonaws.com/unhcrsharedmedia/2016/2016-06-20-global-trends/2016-06-14-Global-Trends-2015.pdf>>. Acesso em 05 ago. 2016.

Artigo recebido em: 24/05/2017

Artigo aceito em: 12/07/2017

REVISTA
**DIREITO SEM
FRONTEIRAS**

I. DOCTRINA NACIONAL

3

**A SUPERACÃO DA TESE DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO
DO MAGISTRADO EM FACE DO DEVER DE BUSCA PELA RESPOSTA
CORRETA NA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE
RONALD DWORKIN**

**THE OVERCOMING OF THE JUDGE'S MOTIVATED FREE
CONVICTION THESIS IN FACE OF THE DUTY TO LOOK FOR THE
RIGHT ANSWER IN RONALD DWORKIN'S THEORY OF LAW AS
INTEGRITY**

Flávio Quinaud Pedron¹

1 Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor Adjunto do Mestrado em Direito e da Graduação da Faculdade Guanambi (Bahia). Professor Adjunto da PUC-Minas (Graduação e Pós-graduação). Professor Adjunto do IBMEC. Editor-Chefe da Revista de Direito da Faculdade Guanambi. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional (ABDPC). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Advogado. Autor radicado no Brasil. E-mail: flavio@tcpadvocacia.com.br.

Como citar este artigo:

PEDRON, Flávio Quinaud. **A superação da tese do livre convencimento motivado do magistrado em face do dever de busca pela resposta correta na teoria do direito como integridade de ronald dworkin** - Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. Jul/Dez. 2017; v. 1 (2): 55-70.

RESUMO

O presente artigo pretende apresentar as razões que conduziram, a partir do paradigma do Estado Social, a afirmação no ambiente processual de uma teoria do livre convencimento motivado pelos magistrados. Na sequência, demonstra-se como tal quadro apenas serviu para justificar o incremento de poder por parte destes e conduzir a uma situação, na Teoria Geral do Processo, de quebra da isonomia entre os sujeitos processuais. A partir da teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin, busca demonstrar a incompatibilidade dessa visão com uma proposta paradigmaticamente democrática de processo e de teoria hermenêutica, que conduz a partir do dever de fundamentação ao combate à discricionariedade judicial e, em sua substituição, a defesa do dever do judiciário buscar sempre a correção normativa de suas decisões.

Palavras-Chave: Livre Convencimento Motivado. Processo Democrático. Teoria do direito como Integridade de Dworkin.

ABSTRACT

The following article aims to present the reasons that led, from the paradigm of the Social State, the affirmation in the procedural environment of a theory of free conviction motivated by magistrates. In sequence, it demonstrates how that framework served only to justify the increase in power on their part and lead to a situation, in the General Theory of the Process, of breaking the isonomy among the procedural subjects. From Ronald Dworkin's theory of Law as Integrity, it seeks to demonstrate the incompatibility of this vision with a paradigmatically democratic proposal of process and hermeneutical theory, which leads from the duty of reasoning to combat judicial discretion and, instead, the defense of the duty of the judiciary to always seek the normative correction of its decisions.

Keywords: Motivated Free Conviction. Democratic Process. Dworkin's theory of Law as Integrity.

INTRODUÇÃO

Ainda parece saltar aos olhos o modo e a forma com a qual a Teoria Geral do Processo parece compreender a figura do livre convencimento motivado. Mesmo sob às luzes normativas da Constituição de 1988, que em seu art. 93, IX, fixa as exigências de fundamentação dos provimentos jurisdicionais, ainda não são poucas as vezes que sinalizam para uma confusão epistemológica entre o que vem a ser o ato de motivação e uma fundamentação adequada.²

2 Apenas para mencionar alguns nomes que ainda endossam essa leitura, que procuraremos demonstrar ultrapassada e equivocada, citamos: BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de Direito Processual Civil. v. 2. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016; SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. Princípios Processuais Constitucionais. Salvador: JusPodivm, 2016; e ZUFELATO, Camilo. Fundamentação lógica das decisões judiciais. In.: THEODORO JR., Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle [coord.]. Processo e Constituição. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

Acreditamos que a raiz para tal problema decorra, antes de tudo, de uma dificuldade, de um lado, por parte dos membros da Teoria Geral do Processo tradicional serem capazes de perceber o esgotamento do paradigma (KUHN, 2001) teórico da teoria relacionista do processo³ – ou de sua versão potencializada em terra brasilis, a teoria instrumentalista do processo (DINAMARCO, 2009), muito divulgada por autores como Cândido Rangel Dinamarco; e de outro, pela ainda adesão à tradição do Positivismo Jurídico.

O aspecto negativo de tal miopia paradigmática parece, na verdade, sinalizar para o enfraquecimento daquilo que Hesse denominava por força normativa da Constituição; (HESSE, 1991) afinal, as discussões – e, principalmente, a resistência por parte dos membros da magistratura brasileira à norma constitucional – somente ganharam mais relevância e espaço nos fóruns de discussões jurídicas a partir da entrada do CPC/2015, que em seu art. 489, §1º, estabelece parâmetros a partir de condutas negativas (ou seja, a legislação fixa exemplos de decisões que não observam a exigência normativa principiológica para demarcar os contornos de uma fundamentação suficientemente democrática.

Desta feita, o presente texto pretende exatamente demonstrar a insustentabilidade de uma visão tradicional dentro da Teoria Geral do Processo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003) que ainda é capaz de advogar a permanência de um mero dever de motivação das decisões judiciais, o que refutamos e entendemos por completo uma decorrência de uma paralisia paradigmática, por parte desses juristas que não foram capazes de abraçar as exigências democráticas trazidas, quer pela Constituição de 1988, quer pelo CPC/2015; principalmente, neste último caso, teimando – ou talvez ignorando – a sobrevivência de um paradigma de teoria processual já em esgotamento.

Sendo assim, iniciamos por apresentar e por explicar a problemática leitura do que seja o livre convencimento motivado, a partir de uma relação de pertencimento a uma teoria processual não democrática – qual seja a teoria relacionista do processo ou a teoria instrumentalista do processo. Aqui, poderá ser observado que a função da motivação ainda é muito presa a uma leitura hermenêutica (GADAMER, 2005) que se mostra inconsciente quanto a ocorrência do giro linguístico e também ainda apegada ao um paradigma positivista quanto à Teoria do Direito.

Em seguida, usando os recursos teóricos fornecidos pela Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin (1999), pretendemos demonstrar como um paradigma processual democrático pode ser compreendido adequadamente, superando, simultaneamente, uma Teoria do Direito sob às bases do Positivismo Jurídico, bem como livre de uma leitura relacionista do processo. A consequência direta é a superação da ideia de motivação, como elemento persuasivo democrático suficiente para o atendimento das exigências normativas de um modelo constitucional de processo democrático (ANDOLINA; VIGNER, 1990), proposto, em substituição, a correta compreensão do que vem a ser um provimento fundamentado, tanto a luz de uma teoria hermenêutica quanto processual democráticas (THEODORO JR. Et al., 2016) haja vista que para perspectiva teórica, a decisão judicial sempre tem que se pautar nas exigências normativa de busca pela resposta correta para o caso sub judice.

3 Para uma crítica mais detalhada convidamos à leitura da obra: FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. O Poder Judiciário e(m) Crise. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

1. A TEORIA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NO CENÁRIO DA TEORIA GERAL DO PROCESSO TRADICIONAL

Conforme afirmado, anteriormente, é possível afirmar que há uma estreita linha de raciocínio entre a Crise do Positivismo Jurídico⁴ e a abertura e liberação para que magistrados, em geral, escapando das “amarras da lei” acabem por construir uma Teoria Geral do Processo a partir de um solipsismo do julgador (THEODORO JR. Et al., 2016, p. 329).

Isso porque, nesse momento de crise, temos que os julgadores usurparam a condição de “donos dos sentidos do direito” (SCHMITZ, 2015), passando a julgar de modo solipsista (o termo alemão *Selbstsüchtiger*, que quer dizer “egoísta”, bem expressa essa ideia). Com isso, corre-se o risco de perda da racionalidade e, como consequências, da legitimidade das decisões judiciais, já que para produção de decisões, o magistrado deveria apoiar-se mais em um “bom senso” ou em um “sentimento pessoal de justiça”, como defendido a época por Calamandrei (CALAMANDREI, 1995, p. 149). Historicamente, tal cenário de superação da noção de que a atividade de aplicação/julgamento é mais do que um mero silogismo lógico, traz consigo uma consequência importante: a reprodução da comunicação jurídica migra da centralidade de um legislador para a pluralidade difusa dos magistrados. Assim, os mesmos libertos do dever de apenas decidirem a partir das opções dadas pela moldura do direito, inicia-se um movimento que busca compreender a sentença como expressão de um ato de “vontade” (THEODORO JR. Et al., 2016, p. 329). Daí decorre a noção, já presente em Büllow (2003, p. 37), de permissão para a discricionariedade judicial; o que de nada tem de diferente das repetidas afirmações de que o provimento jurisdicional está atrelado ao “sentire” do decisor (CARNELUTTI, 1958, p. 549).

Nossas obras clássicas de Teoria Geral do Processo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 67-68)⁵ enxergam com naturalidade uma liberdade de convicção do magistrado, que pode, por exemplo, apreciar as provas dos autos a partir de juízos de valoração que ele construiu para si subjetivamente (solipsistamente), sem que seja algo partilhado linguisticamente com os demais sujeitos do processo. Isso porque, infelizmente, nossa TGP tradicional não percebe que há ontologicamente uma distinção entre o ato de motivar e o ato de fundamentar, muitas vezes tratando ambos como sinônimos de maneira superficial (BUENO, 2013). Isso deixa evidenciar que aos mesmos escapa uma preocupação com a construção de uma base hermenêutica adequadamente capaz de transcender o Positivismo Jurídico⁶ como condição para fomentar uma visão democraticamente correta.

Assim, nossa TGP se limita a compreender que a atividade de motivar uma decisão equivale ao ato de fornecer razões para justificar e, com isso, limitar/

4 Para mais detalhes sobre a Crise do Positivismo Jurídico, sugerimos a leitura de: PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional e crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

5 Como caso da obra DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 105-106, nos estranha ora a mesma afirmar que a noção de “livre convencimento” foi extirpada do CPC/2015, mas ao mesmo tempo afirmar que a mesma Lei consagra a visão tradicional brasileira de livre valoração das provas, sem perceber a contradição em ambas as afirmações.

6 Para um autor clássico, como Santos (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, p. 9-11), o ato de decisão é a realização de um raciocínio silogístico pelo qual o magistrado, ao identificar na norma dada uma premissa maior, na situação fática apresentada uma premissa menor, chega por meio da sua decisão à dedução lógica de uma conclusão.

disciplinar o arbítrio do juiz diante do seu processo de tomada de decisão (TARUFFO, 2011). No entanto, a consideração recorrente de que se trata de obrigação óbvia faz crer que qualquer motivo apresentado pelo juiz seria suficiente para o cumprimento da norma prevista no art. 93, IX, da CR/1988. Ocorre que, como pontua Ramires:

“(…) é preciso diferenciar a fundamentação válida de suas simulações. Fundamentar validamente não é explicar a decisão. A explicação só confere à decisão uma falsa aparência de validade. O juiz explica, e não fundamenta, quando diz que assim decide por ter incidido ao caso “tal ou qual norma legal”. A atitude do juiz que repete o texto normativo que lhe pareceu adequado, sem justificar a escolha, não vai além do que faria se não explicitasse de forma alguma o motivo da decisão. Diz Streck que “jamais uma decisão pode ser do tipo ‘Defiro com base na lei x ou na súmula y’”. Essa escolha “livre” de sentido não fundamenta o julgado, a não ser para alguém ainda tão imerso no paradigma racionalista que acredite que a lei tenha um sentido unívoco e pressuposto. Ao juiz contemporâneo não pode bastar, ao dar cabo a uma discussão, a mera declaração do vencedor, repetindo as razões deste como quem enuncia uma equação matemática. Ao contrário, é preciso que o julgador, no mesmo passo em que diz por que acolheu as razões do vencedor, afirme as razões pelas quais rejeitara a interpretação dada pela parte sucumbente” (RAMIRES, 2010, p. 41-42)

Ou seja, a motivação seria o apontamento pelo juiz dos elementos que ele – de modo individual e solitário – considerou mais relevantes no caso e que fizeram que ele tomasse tal decisão em determinado sentido – e não em outro. A TGP escapa a ideia exatamente de abertura dialógica – inerente a uma leitura contemporânea de contraditório – que é exigida na fundamentação, por meio da qual deverá o magistrado convencer as partes e a sociedade da correção de sua decisão (PEDRON, 2008, p.63-64). Nesse sentido, afirma Ommati:

“Nesse sentido, a fundamentação deve explicar as razões pelas quais o Judiciário aceita ou rejeita determinada interpretação e compreensão do e sobre o Direito estabelecida pelo cidadão. A fundamentação não serve para estabelecer o que determinado juiz, desembargador ou ministro acha sobre o Direito. Isso é motivação, algo irrelevante para o Direito democrático. A fundamentação tem como objetivo fixar a decisão juridicamente correta e, portanto, prescinde das posições pessoais dos magistrados. Da mesma forma, a partir da constitucionalização do Direito fundamental à fundamentação, não se pode mais falar em livre convicção motivada ou em decidir conforme a própria consciência, como muitos juízes e doutrinadores ainda teimam em fazer” (OMMATI, 2014, p. 109).

Assim, para a TGP, que ainda reduz a fundamentação à ideia de motivação, tal exigência seria mais relevante para a parte sucumbente, já que seria ela a interessada em atacar a decisão em sede recursal (ASSUMPÇÃO NEVES, 2009, p. 62). Há, ainda, outros posicionamentos teóricos nacionais, que tentam indicar que a motivação teria uma razão de ordem pública, na medida em que, através da sua leitura, seria possível detectar qualquer quebra do requisito jurisdicional da imparcialidade. Ou, como afirma Bueno (BUENO, 2010, p. 166), a presença da motivação em uma decisão judicial permitiria os demais sujeitos do processo – e também a sociedade – um controle fraco da discricionariedade judicial. Lembra Ommati que o STF já enfrentou esse tema e produziu importante decisão através do voto do Min. Gilmar Mendes no RE 434.059/DF, em 2008:

“Em um primeiro momento, o STF acertadamente decidiu que o Judiciário deve responder a todos os argumentos levantados pelas partes. O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, com base em clássicos do Direito brasileiro, tais como João Barbalho e Pontes de Miranda, e fazendo menção ao Direito alemão, afirmará que a Constituição de 1988, ao estabelecer os direitos ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal, constitucionalizou uma pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar. Sobre esse último aspecto, afirmou o Ministro Gilmar Mendes que o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador corresponde ao dever do juiz de a eles conferir atenção, envolvendo não só o dever de tomar conhecimento, como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas” (OMMATI, 2014, p. 110).

Esse é um entendimento recorrente igualmente no sistema alemão, em conformidade com o dever de se levar em consideração os argumentos das partes, corolário do contraditório (previsto no art. 486, § 1.º, IV, CPC/2015), como pontua decisão recente do Bundesfinanzhof.

Esse panorama histórico, conseguinte, nos ensina que a possibilidade de decisões solipsistas tem um outro efeito colateral de fundo sistêmico: o enfraquecimento da segurança jurídica (entendida como previsibilidade decisória). Ora, o sistema do Direito existe para fornecer para a sociedade, na ótica de uma teoria sociológica do direito, um padrão de definição do que seja lícito/ilícito, capaz de valorar as condutas sociais sob a base desse binômio. Uma vez que assistimos o desenvolvimento de decisões sem qualquer coerência ou integridade, o Direito assume a metáfora de uma “mesa de bilhar”, na qual decisões seguem cursos diversos e sem harmonização, inclusive criando colisões umas com as outras. O resultado é a perda de normatividade do Direito perante a sua sociedade, o que abre espaços para que outros sistemas, de modo oportunista, acabem tomando espaço, se utilizando de uma corrupção do código jurídico para impor os seus imperativos. Assim, razões de ordem econômicas (de ordem meramente utilitárias) ou religiosas (que trazem a promessa de salvação transcendente a partir de um ponto de vista individual excludente) ganham força no conteúdo das tomadas de decisões institucionais. E tudo isso acaba por gerar um ciclo vicioso. Mais e mais o discurso religioso fundamenta práticas e decisões jurídicas (legislativas ou judiciais), bem como direitos (principalmente os fundamentais) são tratados utilitariamente a uma perspectiva de custo/benefício, sendo fragilizados, principalmente aqueles que deveria proteger uma minoria dos abusos e intervenções de uma maioria. A Jurisdição e os magistrados correm o risco de deixar de assumir, a partir do debate processual, um papel contramajoritário e passa a ser caixa de ressonância dos grupos hegemônicos.

Assim, é preciso superar a ideia de que a decisão judicial é vista como ato de criação solitária pelo magistrado. Essa premissa equivocada agora foi corrigida normativamente pelo CPC/2015. É dizer, ao contrário do que possa parecer a uma leitura menos atenta, a fundamentação substancial é solução (e não empecilho) e, para isso, no entanto, há que ser formado como resposta às questões postas, de ambos os lados do debate processual. E, com isso, não se poderia desconhecer que a redução da fundamentação das decisões à mera motivação pelo magistrado poderia tão somente

reforçar, mais uma vez, a velha tese do “livre convencimento” do juiz, que, sob o argumento de decidir conforme a sua própria consciência, colocaria em risco não apenas a validade, mas a eficiência e a legitimidade da decisão (STRECK, 2010). Como bem expõe Ommati, inspirado em Fazzalari,

“se o contraditório significa o direito daquele que será atingido pela decisão a participar da construção da mesma, logo, o órgão responsável por tomar a decisão deve fundamentá-la, justamente para explicar os acertos e equívocos dos interessados na construção do Direito” (OMMATI, 2014, p. 108).

Logo, de um lado, a busca da eficiência e o máximo aproveitamento processual; de outro, uma teoria da fundamentação das decisões judiciais não desgarrada de uma teoria hermenêutica ou mesmo da argumentação jurídica, o que vem a ser o objeto do próximo tópico do presente texto.

2. FUNDAMENTAÇÃO E BUSCA PELA RESPOSTA CORRETA COMO PRESSUPOSTOS HERMENÊUTICOS À LUZ DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN CONTRÁRIOS À TESE DO LIVRE CONVENCIMENTO

Uma vez que, com o advento do CPC/2015, fomos capazes de a um nível infraconstitucional (re)semantizar o princípio do contraditório, abandonando sua perspectiva meramente formal, como a noção de bilateralidade de audiência ou de paridade de armas, a noção cooperativa ganha sentido, adequando-se ao comando já presente na Constituição de 1988 (NUNES, 2008).

É fato que o paradigma de processo trazido pelo CPC/73 desde muito já não era capaz de atender às necessidades da sociedade. Um problema comumente apontado pelos processualistas era a ausência de tratamento adequado para os casos que envolviam os chamados litígios de massa, já diagnosticados por Cappelletti, no curso da década de 1970 (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). Outro, é o fato de o CPC/73 adotar como pano de fundo a chamada teoria relacionista do processo, inaugurada por Bülow (2003) no século XVII e divulgada pelo pensamento de Liebman, Dinamarco, Grinover, Cintra e outros. Tal teoria tem por base a implementação de um modelo processual apoiado no solipsismo judicial, no qual ao magistrado é atribuída uma constelação de poderes e faculdades para controlar o processo, acabando por assumir uma posição de superioridade sobre os demais partícipes da dinâmica processual (autor, réu, advogados, Ministério Público, entre outros). Sabemos hoje, principalmente a partir dos estudos de Fazzalari (1996), que redefiniu os conceitos de processo e de procedimento, que tal aporte teórico é inadequado para um Estado que se autodenomine “democrático”.

Esse novo modelo teórico influencia sobremaneira a temática da fundamentação das decisões judiciais – bem como o devido tratamento aos princípios constitucionais processuais do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, do devido processo –, a despeito da exigência constitucional contida no art. 93, X, da Constituição de 1988. Não obstante a exigência normativa inaugurada pela Carta Magna, que consagrou um modelo principiológico de processo, conforme lição de Andolina e Vignera (ANDOLINA; VIGNERA, 1990), a práxis forense ainda não rompeu para com o modelo anterior.

Assim, o CPC/2015 não se limita a ampliar os participantes no processo, mas inclui o reconhecimento de que o ordenamento é interpretado e concretizado também fora dos Tribunais, e que o seu sentido é produzido por meio de debates que ocorrem em todos os locais em que existe o exercício da cidadania. Por este motivo, estabelece novos marcos teóricos para o direito processual civil brasileiro, recepcionando os princípios constitucionais processuais com nítidas alterações de concepção e de semântica, conforme se depreende do teor do art. 7º, art. 10 e art. 11. No que toca ao dever judicial de fundamentação dos provimentos, dispõe o art. 489, do novo Código de Processo Civil:

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.”

Devemos chamar a atenção para o fato de que falar em uma fundamentação da decisão adequada às balizas democráticas é, antes de tudo, exigir que a mesma leve à sério os argumentos, teses, provas de ambas as partes, visto que as mesmas participaram cooperativamente, em contraditório, na co-construção do provimento judicante. Disso decorre uma consequência fundamental, uma decisão fundamentada somente poderá ser aquela que, observando a legitimidade, busca se afirmar como “a correta” e que respeita o ideal de Dworkin para a integridade do Direito.

O norte-americano Ronald Dworkin é, reconhecidamente, um dos mais importantes e mais lidos autores contemporâneos nos campos do conhecimento jurídico, político e filosófico. Seu traço fundamental é a defesa da virtude da integridade (um ideal para nortear as práticas jurídico-políticas de uma sociedade, preocupada com o compromisso em dar às práticas do Legislativo e do Judiciário a melhor orientação e leitura possíveis).⁷ Também se tornou conhecido pelas duras

7 “Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido” (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. [Direito e Justiça], p.213).

críticas às tradições do Positivismo Jurídico e do Realismo Jurídico,⁸ bem como por desenvolver uma teoria deontológica acerca dos princípios jurídicos, entendidos como espécies de normas jurídicas.

Dworkin obteve atenção da comunidade jurídica, inicialmente, quando publicou, na década de 1960, os primeiros textos atacando o Positivismo Jurídico, principalmente a leitura do inglês H.L.A. Hart.⁹ A tese central defendida por Dworkin, nesse ponto, é que o Positivismo Jurídico representa uma leitura do Direito incompatível com os pressupostos e anseios de uma sociedade que se quer democrática. Isso se deve, principalmente, pelo fato de se basear em uma defesa radical da separação entre Direito e Moral, que faz com que o Direito seja reduzido apenas a um conjunto de regras criadas por uma comunidade jurídica em um determinado momento da História. Assim, todo o problema de interpretação se limita a uma questão fático-histórica: saber o que tal comunidade pretendia no momento de definição da regra positivada.¹⁰ Por consequência, um juiz positivista tem seu trabalho limitado a identificar, nos casos a ele submetidos para julgamento, a partir de um raciocínio silogístico, quais as regras se amoldam aos fatos do litígio e aplicar, tomando o sentido estabelecido no passado, tais regras.

As falhas nessa teoria começam a aparecer quando esse mesmo juiz não é capaz de encontrar regras previamente elaboradas para aplicação e, com isso, solução dos casos sub judice. Temos aqui a distinção de Hart entre casos fáceis e os casos difíceis. No último caso, temos a presença de uma lacuna (ou anomia) no Ordenamento Jurídico. Em tal cenário, a solução encontrada pelo Positivismo Jurídico é uma só: autorizar ao mesmo magistrado que promova um julgamento discricionário; ou seja, o mesmo estará agora autorizado a utilizar sua consciência e seu senso de justiça para decidir de modo unilateral o caso concreto.¹¹ Com isso, estar-se-á admitindo ao magistrado criar direito novo e aplica-lo retroativamente ao caso concreto, surpreendendo as partes do processo.

8 Há juristas que discordem da utilização de Dworkin como marco teórico para pesquisas nacionais. Argumentam que a diferença de tradição que se estabelece entre os países do Common Law (de origem anglo-saxã) e os países do eixo Romano-Germânico (como o caso da França, Alemanha, Portugal, Espanha, além de outros, incluindo o Brasil) é abissal. Todavia, fato é que os traços fundamentais entre ambas as tradições, como destaca Ramires (RAMIRES, Maurício. Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.62-63), parecem linhas cada vez mais tênues. Em “ecletismo”, parece misturar as características principais e obscurecer distinções. Aliado a isso, deve-se lembrar que Dworkin não elabora em suas obras uma teoria exclusivamente voltada para o Common Law, mas antes, uma teoria geral do direito, aplicável a qualquer perspectiva ocidental. Ele se preocupa em apresentar uma proposta reconstrutiva da prática jurídica ancorada nas conquistas da hermenêutica filosófica, de um lado, e na preocupação com a legitimidade das decisões jurídicas, de outro. Tal tema é universal; logo, faz com que suas ideias ganhem espaço de reflexão e aplicação para os juristas brasileiros, e não apenas norte-americanos.

9 H.L.A. Hart é autor da obra *O Conceito de Direito* (Tradução de A. Ribeiro Mandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994) na qual expõe uma das mais bem estruturadas e sofisticadas versões dessa tradição.

10 A definição de como tais regras são criadas não se prende exclusivamente ao modelo de uma atividade legislativa, reconhecendo Hart que o judiciário (principalmente quando define um precedente) também tem um papel político como órgão criador (ou descobridor) de regras jurídicas, sendo igualmente responsável por tal positivação.

11 Igual crítica a tal discricionariedade judicial pode ser encontrada em STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. [Coleção O que é Isto? – v.I]

Dworkin entende que tal quadro, pintado pela teoria positivista, é pobre e não reflete as cores do que uma sociedade democrática chama de Direito. Ou seja, que é possível pensar uma outra teoria jurídica mais atraente para os ideais de democracia da sociedade.¹² Imagina, então, que a noção que parece tão clara aos positivistas de que o magistrado tem discricionariedade para decidir os casos difíceis é uma incoerência, quando contraposta ao ideal democrático.

Para combater o quadro positivista, Dworkin parte de dois raciocínios paralelos (mas que se complementam ao final): (1) de que não pode existir tal discricionariedade, e para fazer tal afirmação, ele necessariamente deverá afirmar que todo aquele responsável por uma decisão jurídica (seja o legislador, seja o magistrado, seja um administrador público) deve se comprometer moralmente para com a sociedade em não poupar esforços para buscar a melhor decisão para aquela situação (isso significa afirmar que ao invés de haver múltiplas possibilidade de decisão, ainda que entre elas haja racionalidade, há apenas “uma única decisão correta” para aquele caso em especial); e (2) de que além das regras jurídicas, o Ordenamento Jurídico deve apresentar outras espécies de normas, capazes de impedir por completo a existência de uma lacuna e, assim, conseguir definir naquele caso sub judice a existência de um direito para alguma das partes envolvidas.

Vamos primeiro em (1). Para qualquer um de nós, pode parecer absurdo, sob o pano de fundo democrático, a ideia de que um magistrado tem total liberdade para decidir um caso. Dois argumentos são levantados para negar a possibilidade de discricionariedade de decisões judiciais: (a) o governo é limitado pela responsabilidade de seus ocupantes, que são eleitos pela maioria; e (b) criando um direito novo, o juiz pune injustamente a parte sucumbente, uma vez que o aplica de forma retroativa.

Afirmar e defender a discricionariedade equivaleria, então, a concordar com a frase dos Realistas Jurídicos de que os juízes decidem baseados aquilo que comeram no café-da-manhã.¹³ Mas contra ela, diversas versões do Positivismo Jurídico desenvolveram a tese de que, sendo o direito produto de homens (e não uma ciência exata), não seria possível afirmar a existência de uma única resposta correta, mas antes um universo de possíveis (racionais) decisões. Só que o raciocínio e a argumentação jurídica apenas serviriam para filtrar as aberrações, elaborando uma moldura de decisões jurídica racionais (portanto, para eles legítimas).¹⁴ E qualquer coisa que estivesse dentro de tal moldura seria legítima ainda que não representasse o melhor esforço para solucionar normativamente o caso.

12 Percebam a ênfase que Dworkin está dando para a ideia de que nossa sociedade é democrática (ou quer ser assim chamada) e está disposta a assumir tal virtude de braços abertos. Essa conclusão é importante: aquele que levanta objeções à proposta elaborada por Dworkin corre sério risco de assumir-se ou como um positivista jurídico, ou, pior, como um jurista não comprometido com a busca pela construção de uma sociedade democrática (o que está no próprio texto e na base ideológica da Constituição de 1988, art. 1º, caput).

13 Endossam essa leitura: Holmes, Oliver Wendell. *The Common Law*. Boston: Little & Brown, 1881; Frank, Jerome. *Law and the Modern Mind*. New York: Brentano's, 1930.

14 Mas o problema de afirmar a possibilidade de uma moldura das decisões/interpretações possíveis já foi enfrentado por Kelsen (*Teoria Pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. [Direito e Justiça]). Contudo, o jurista austríaco se viu encurralado em sua própria construção teórica, tento que admitir como igualmente jurídicas decisões fora da moldura normativa – ou seja: ilegítimas, inconstitucionais, antidemocráticas ou padecendo de qualquer outro vício jurídico-político, pura e simplesmente porque o Judiciário tem o poder coercitivo para fazer cumprir tal decisão..

Dworkin entende como simplesmente pobre esse raciocínio. Em oposição, advoga ideia de que ninguém – pondo-se na condição de destinatário da decisão – aceitaria como razoável a afirmação de que seu caso foi tratado pelo Judiciário como apenas mais um e que mesmo aquela, não sendo uma decisão fruto do raciocínio mais elaborado e comprometido do magistrado, se trataria de uma decisão possível.¹⁵ Ou que o resultado do processo é fruto de uma loteria aleatória, de modo que o caso poderia receber uma decisão completamente diferente se tivesse sido julgado por outro magistrado.

A virtude da integridade afirma que todos nós temos um direito (que apresenta uma das subdivisões daquilo que o jurista norte-americano designa por Dignidade Humana) (DWORKIN, 2011), de sermos tratados com igual respeito e consideração. Desse modo, repercutiria um dever de o Judiciário levar o caso à sério e tratá-lo com cuidado.

Para se fazer mais claro, Dworkin usa uma figura de linguagem, um juiz imaginário (e não um método de decisão) para exemplificar a postura que uma sociedade democrática espera dos magistrados.¹⁶ Ele batiza essa metáfora de juiz Hércules, de modo que ele é capaz de usar sua sabedoria e paciência para buscar a resposta correta para suas sentenças. Seu magistrado, então, terá que ao decidir levar em conta todos os argumentos trazidos pelas partes no processo, bem como tudo aquilo que foi construído do ponto de vista probatório-fático. Mas isso não basta, Hércules irá também procurar reconstruir a história institucional para verificar como os outros juízes decidiram no passado casos semelhantes, ampliando o diálogo processual para justificar em sua decisão essa história.

Mas diferente dos juízes positivistas, Hércules não está preso no passado e não é obrigado a seguir as decisões se verificar que há erros em algumas delas; contudo, ele se sente obrigado moralmente a seguir os precedentes que se mostrarem coerentes. Esses precedentes sinalizam a existência de uma história em movimento, uma história do próprio direito que se está sendo discutido no caso que ele deve decidir. Essa obrigação hermenêutica, faz com que o magistrado de Dworkin se coloque como um membro de um empreendimento coletivo, uma história (a história daquele direito em especial) que está sendo contada e construída a várias mãos. A responsabilidade de Hércules, portanto, o leva a ler e a levar em conta tudo aquilo que foi escrito e decidido acerca do direito envolvido.

A partir disso, Hércules fará sua parte – ou seja, ele será responsável por adicionar um novo capítulo desenvolvendo a discussão, sem ignorá-la ou sem

15 Tem por hábito imaginar que decisões judiciais pressupõe um comprometimento moral de todos os envolvidos no processo de decisão e que, por isso, há um esforço normativo, implícito para que não seja apenas uma decisão, mas a melhor decisão possível. O processo de elaboração de uma sentença não pode ser comparado com o ato de escolher que cacho de bananas alguém levará para casa depois da feira, até porque ninguém escolhe qualquer cacho para comprar! Buscamos sempre o melhor em tudo o que fazemos e mostra-se incoerente esperar do Judiciário uma postura diferente.

16 É comum a interpretação equivocada de o juiz Hércules é impossível de ser imitado. Dworkin como um hermenêuta e filiado ao pensamento de Gadamer (Verdade e Método: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica. 7 ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Vozes, 2005) não acredita na intuição positivista (científica) de que a verdade somente pode ser descoberta (ou desvelada) a partir de uma perspectiva controlada por uma experiência científica garantida por um método. A pretensão em afirmar com Gadamer que a verdade não é uma construção universal (única e imutável) parece ser desconhecida pelos críticos de Dworkin, principalmente no Brasil. Hércules é, então, apenas um exercício didático do que significa uma postura esperada pela sociedade dos seus juízes.

reinventá-la.¹⁷ Para tanto, deve se basear na ideia de que sua decisão (jurídica e moralmente) deve considerar que todas as pessoas da sociedade têm os mesmos direitos e liberdades, sem privilégios e, principalmente, sem discriminações baseadas em preconceito de qualquer espécie (religiosos, filosóficos, econômicos, políticos, etc.). Essa última exigência, faz com que a virtude da integridade seja vista de modo diferente da mera coerência (ou seja, mera repetição do passado).

O desafio posto para Hércules é reconhecer o direito como algo criado por meio de leis, mas, igualmente, seguir as decisões que o próprio Judiciário tomou no passado. Isso o levará a construir um sistema baseado em princípios jurídicos capaz de fornecer a melhor justificativa para os precedentes judiciais, e também para as leis e para a Constituição.

A decisão que, ao final, Hércules chegará não é dele exclusivamente. A abertura hermenêutica exigiu um diálogo com as partes do processo e com a história daquela sociedade, além de preservar condições para que os próximos juízes, nos próximos casos, continuem o empenho de melhorar a decisão (THEODORO JR Et al., 2016). É isso que Dworkin quer dizer quando fala em única resposta correta (ou na melhor decisão judicial). Percebe-se aqui que o espaço de discricionariedade é eliminado para dar lugar a um espaço hermenêutica e argumentativo. Hércules deve tentar convencer a sociedade que confiou aquele caso ao seu julgamento que fez o melhor que podia. Isso não tem como ser feito sem que estejamos dispostos a fundamentar adequadamente a decisão (THEODORO JR Et al., 2016).

Agora podemos avançar para (2). Para contrapor a tese da redução do direito a um sistema de regras, bem como a afirmação de que existem lacunas do sistema jurídico, Dworkin (2002) afirmará que, para além das regras,¹⁸ dois outros padrões de normas existem (os princípios e as diretrizes políticas). Essa separação em três espécies de normas não se apoia em uma distinção estrutural ou morfológica, mas sim, em uma questão lógico-argumentativa, pois no debate é que podemos entender se o que se está sendo invocado representa uma regra, um princípio ou uma diretriz política.

Assim, analisando a relação entre princípios e diretrizes políticas, pode-se afirmar que um princípio prescreve um direito e, por isso, contém uma exigência de justiça, equanimidade, devido ao processo legal, ou a qualquer outra dimensão de moralidade;¹⁹ ao passo que uma diretriz política estabelece um objetivo ou uma meta a serem alcançados, que, geralmente, consistem na melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, buscando promover ou assegurar

17 Dworkin (Uma Questão de Princípio. 2. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. [Direito e Justiça].) compara essa tarefa a uma brincadeira infantil na qual cada participante é responsável por contar um única história. Na brincadeira, todos os participantes têm o mesmo tempo para participar e devem ouvir atentamente os antecessores para que uma linha coerência entre a história contada seja preservada. Não se trata de um “telefone sem fio”, pois o objetivo da brincadeira não é repetir o que foi transmitido, mas desenvolvê-lo (evolui-lo) da melhor forma, preservando os elementos essenciais do que inicialmente foi definido. Ou seja, se o primeiro a conta a história teve o objetivo de narrar um suspense, o participante da sequência deve ter a capacidade hermenêutica de perceber que ele não poderá transformar agora aquilo em uma comédia.

18 Deve-se alertar para o fato de que as traduções para a língua espanhola utilizam o termo normas como sinônimo de regras jurídicas, como faz Calsamiglia (CALSAMIGLIA, Albert. El Concepto de Integridad en Dworkin. Doxa. n.12. a. 1992. p.168-169), o que acaba por induzir à ideia errônea de que princípios não são normas jurídicas, mas sim ligados ao chamado Direito Natural.

19 Moralidade aqui significa afirmar o dever do direito em garantir a dignidade humana e o respeito aos mesmos direitos e liberdades subjetivas.

uma situação econômica, política ou social considerada desejável. Dworkin atribui o status de trunfos aos princípios, que, em uma discussão, devem sobrepor-se a argumentos pautados em diretrizes políticas, excluindo a possibilidade de os juízes tomarem decisões embasadas em diretrizes políticas. Esse raciocínio marca a posição antiutilitarista assumida por Dworkin, de modo a rejeitar qualquer forma de males feitos aos indivíduos em favor de uma melhoria para o bem-estar geral ou uma leitura de direito a partir da ótica do custo-benefício (THEODORO JR Et al., 2015).

Essa atividade jurisdicional, então, tem que abraçar a afirmação de que é possível uma resposta correta para o julgamento de um dado caso particular, o que significa aplicar o princípio adequado ao caso concreto – assim conectamos (1) com (2) em nosso raciocínio. Ora, uma vez que Dworkin reconhece a existência de princípios que podem prover soluções para os litígios, ele nega uma das teses básicas do positivismo jurídico, que a existência de lacunas normativas que autorizam o magistrado a agir discricionariamente ao criar uma norma, e aplicá-la retroativamente.

Logo, a “função criativa” do judiciário para os casos difíceis, defendida pelos positivistas e pela TGP brasileira é rechaçada por Dworkin, que compreende que apenas o legislador é autorizado a criar direito. O debate sobre a fixação de uma diretriz política tem que ser exercido de forma mais abrangente para incluir um número maior de participantes, levando em conta os diferentes interesses antagônicos e, por isso, somente pode ser tomada no interior de um processo legislativo.

Já a decisão baseada por princípios, faz uso da história institucional daquela comunidade e coloca, ao mesmo tempo, limite e condição de possibilidade de construção de uma decisão democrática.²⁰ Nesse sentido, temos que ao final do processo, o provimento jurisdicional encontra-se fundamentado, apontando para a decisão correta para aquele caso sub judice, uma vez que sua construção observou, de um lado, exigências processuais democráticas, como o contraditório substancial; e de outro, normativas hermenêuticas voltadas para o respeito e desenvolvimento da integridade do Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da presente discussão, procuramos deixar clara a conexão que há entre a afirmação de uma tese do livre convencimento motivado por parte dos magistrados e uma adesão à uma tradição positivista jurídica, de um lado, e, de outro, a uma leitura que ainda impregna a Teoria Geral do Processo, que ainda, à despeito de todas as transformações impostas pelo paradigma democrático, ainda tenta manter viva uma concepção relacionista/instrumentalista de processo.

Ora, somente sob tais balizas – desprezando absolutamente as normativas democráticas – que se mostra possível afirmar uma discricionariedade jurisdicional, muitas vezes mascarada sob a forma de uma afirmação de possibilidade (ainda que falaciosa) de um livre convencimento – ainda que meramente motivado – jurisdicional.

O curioso é que mesmo aqueles que assumem uma redução do dever

20 “Um argumento de princípio pode oferecer uma justificação para uma decisão particular, segundo a doutrina da responsabilidade, somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas” (DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. [Direito e Justiça], p.138).

constitucional (art. 93, IX da CR/88) a uma motivação - quer por ignorância epistêmica, quer por perversidade ideológica, como diria Calmon de Passos (CALMON DE PASSOS, 2001, p.24) - o fazem desprezando exigências normativas democráticas - quer não são opcionais, nem estão à disposição do magistrado.

Desta forma, apenas através da assunção de um paradigma verdadeiramente democrático é que se faz possível afirmar a possibilidade de superação das arcaicas amarras que prendem os juristas brasileiros tradicionais quer a uma TGP que acredite em uma teoria relacionista do processo (ou sua versão instrumentalista), quer aceite o manto do Positivismo Jurídico.

Um caminho possível é exatamente através da teoria do direito como integridade desenvolvida por Dworkin, já que a mesma, além de se fazer consciente de uma dimensão hermenêutica pós giro linguístico, também leva em conta a tônica de uma teoria preocupada com a necessidade de efetivação da dimensão normativa-democrática. A partir, dessa teoria, mostra-se possível a superação da tese do livre convencimento motivado, afirmando e explicando a concretude de uma teoria que atesta da possibilidade de uma verdadeira fundamentação dos provimentos, conforme explicado acima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Discrecioniedade: alcance da atuação administrativa e judicial no Estado Constitucional**. 2013. Tese de doutorado em direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 549.

ALISTE SANTOS, Tomás- Javier. **La motivación de las resoluciones judiciales**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

ANDOLINA, Ítalo. VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano – corso di lesioni**. Torino: Giappichelli, 1990.

ASSUMPCÃO NEVES, Daniel Amorim. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Método, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil**. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BÜLOW, Oskar. **Gesetz und Richteramt. Juristische Zeitgeschichte**. Berlin: Berliner Wissenschafts, 2003.

CALAMANDREI, Pietro. **Eles os juízes, vistos por nós um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CALMON DE PASSOS, J.J. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo sobre o tema. In.: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; BRÊTAS, Ronaldo [coord.]. **Temas Atuais de Direito Processual Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CALSAMIGLIA, Albert. **El Concepto de Integridad en Dworkin**. Doxa. n.12. a.

- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Fabris. 1988. Porto Alegre.
- CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958.
- CINTRA, Antônio; GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Harvard: Harvard University, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. [Direito e Justiça].
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. [Direito e Justiça].
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. [Direito e Justiça].
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Pádua: Cedam, 1996.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) Crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**. New York: Brentano's, 1930.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica**. 7 ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Vozes, 2005.
- HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HOLMES, Oliver Wendell. **The Common Law**. Boston: Little & Brown, 1881.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. [Direito e Justiça].
- KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 6. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2001. (Coleção Debates, n.115).
- NUNES, Dierle. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008.

OMMATI, José Emílio Medauar. A fundamentação das decisões jurisdicionais no projeto do Novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie et al. **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2014. v. III.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Mutação constitucional e crise do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Um olhar reconstrutivo da modernidade e da “crise do judiciário”**: a diminuição de recursos é mesmo uma solução?. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, v. 44, n. 74, p. 217-239, jul./dez. 2006.

PEDRON, Flávio Quinaud. **A distinção entre legislação e jurisdição no pensamento de Klaus Günther**. Revista da CEJ, ano XII, n. 41, abr.-jun. 2008.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Princípios Processuais Constitucionais**. Salvador: JusPodivm, 2016.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

SCHMITZ, Leonad Ziesemer. **Fundamentar para Decidir: a crise na construção da respos-tas no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TARUFFO, Michele. **La Motivación de la Sentencia Civil**. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. **Novo CPC: Fundamentos e Sistematização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ZUFELATO, Camilo. Fundamentação lógica das decisões judiciais. In.: THEODORO JR., Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle [coord.]. **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

Artigo recebido em: 25/09/2017

Artigo aceito em: 05/10/2017

REVISTA
**DIREITO SEM
FRONTEIRAS**

I. DOCTRINA NACIONAL

4

**A GUERRA DA TRÍPLICE ALIANÇA E O RESENTIMENTO
PARAGUAIO: IMPASSE NO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO REGIONAL?**

**THE TRIPLE ALLIANCE WAR AND THE PARAGUAYAN RESENTMENT:
IS IT AN IMPASSE IN THE REGIONAL INTEGRATION PROCESS?**

Jayme Benvenuto¹

¹ Professor Doutor da Universidade Federal da Integração Latino-americana (UNILA). Professor Visitante na Universidade Federal de Pernambuco. Integra o corpo docente permanente do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bolsista de produtividade em pesquisa 2 do CNPq. Autor radicado no Brasil. E-mail: jayme.benvenuto@unila.edu.br.

Como citar este artigo:

BENVENUTO, Jayme. **A guerra da tríplice aliança e o ressentimento paraguaio: impasse no processo de integração regional?** – Revista Direito Sem Fronteiras - Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. Jul/Dez. 2017; v. 1 (2): 71-80.

RESUMO

A Guerra da Tríplice Aliança ou Guerra do Paraguai ou Guerra contra o Paraguai, ocorrida entre 1864 e 1870, continua viva no imaginário dos habitantes paraguaios da fronteira trinacional onde se situam Foz do Iguaçu, Puerto Iguazu e Ciudad del Este. Em minha pesquisa, não é relevante buscar explicações extensivas sobre os motivos da guerra. Esta pode ser entendida, em síntese, como uma disputa territorial, incluindo as condições de uso fluviais. Também não é relevante, para os mesmos fins, analisar quem teria começado a guerra, fazer juízo de valor sobre o grau de desenvolvimento do Paraguai até a irrupção da guerra ou sobre os motivos que fizeram com que o Brasil, a Argentina e o Uruguai tenham momentaneamente se aliado contra o Paraguai. Tampouco os erros da guerra, incluindo os chamados atos vergonhosos praticados por todas as partes, como sói acontecer em conflitos bélicos. Essas são tarefas para historiadores os quais, sob diversos ângulos e em distintas partes do mundo, têm encontrado respostas contraditórias, considerando as fontes consultadas e suas perspectivas teóricas, diante das quais nos cabe tão somente adotar nossa própria compreensão. Interessa neste capítulo, tendo em vista o escopo teórico adotado, ressaltar os seguintes aspectos: 1) o conflito como um sinal da consolidação e do fortalecimento do nacionalismo e dos Estados nacionais da região, aí incluídos Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai; 2) a repetição da receita bélica aprendida com a Europa do passado, enquanto sinal da colonialidade; 3) a desproporção do conflito que reuniu dois grandes Estados e o Uruguai desenvolvendo papel menor, embora todos em processo de consolidação, contra um pequeno país, embora liderado por um governante igualmente belicista, com resultados catastróficos para o Paraguai; 4) a presença da memória das disputas sobre fronteiras no atual contexto do debate em torno da proposta de integração regional.

Palavras-chave: Integração regional. Fronteiras. Paraguai.

ABSTRACT

The War of the Triple Alliance or the Paraguayan War or War against Paraguay, occurred between 1864 and 1870, is still alive in the imagination of the Paraguayan inhabitants from the tri-national frontier, where places Foz do Iguaçu, Puerto Iguazu and Ciudad del Este. On my research, it is not relevant to seek extensive explanations on the war motives. This can be understood, in summary, as a territorial dispute, including the conditions of river use. It is also not relevant, for the same purposes, to analyze who would have started the war, make value judgments about the degree of development of Paraguay until the irruption of the war or about the motives that led Brazil, Argentina and Uruguay to momentarily ally against Paraguay. Neither the war errors, including the so-called shameful acts practiced by all parties, as it often happens in military conflicts. These are assignments to historians which, from various angles and in different parts of the world, have found contradictory answers, considering the consulted sources and its theoretical perspectives, before which we can only adopt our own comprehension. What matters on this chapter, considering

the theoretical scope adopted, is to highlight the following aspects: 1) the conflict as a signal of consolidation and strengthening of nationalism and national States of the region, here included Argentina, Brazil, Uruguay and Paraguay; 2) the repetition of the military recipe learned with the Europe of the past, while a signal of coloniality; 3) the disproportion of the conflict that reunited two major States and Uruguay developing a small part, although all in a process of consolidation, against a small country, though led by an equally warmongering ruler, with catastrophic results for Paraguay. 4) the presence of the memory of border disputes in the current context of the debate surrounding the regional integration proposal.

Keywords: Regional Integration. Frontiers. Paraguay.

INTRODUÇÃO

Aos olhos de brasileiros, argentinos e uruguaios médios – entendidos como aqueles que tiveram um certo nível de educação formal e têm algum grau de participação na vida política dos seus países – passados cerca de 150 anos da Guerra do Paraguai ou Guerra da Tríplice Aliança ou Guerra contra o Paraguai (a depender da aproximação política com o tema), o conflito que opôs seus países ao Paraguai, entre 1864 e 1870, definitivamente é coisa do passado. A guerra será lembrada em como parte das páginas envelhecidas dos livros de história em que nomes de antepassados longínquos, como o do imperador brasileiro D. Pedro II e os dos presidentes argentino e uruguaio Bartolomé Mitre e Venancio Flores, tornam aquelas páginas ainda mais distantes no tempo.

Para os paraguaios, entretanto, o conflito que dizimou uma quantidade significativa de seus nacionais ainda rende acalorados debates nas instituições de ensino, nas redes sociais e mesmo em conversas corriqueiras, sempre que o diálogo reporta a brasileiros, argentinos e uruguaios. Basta caminhar pelas ruas do centro de Assunção para encontrar facilmente diversos livros sobre a grande guerra sendo vendidos em bancas de revista. Ao tempo em que empreendi entrevistas com moradores de Ciudad del Este para a pesquisa sobre a Percepção da Integração Regional na Fronteira do Brasil, Argentina e Paraguai: Foz do Iguaçu, Puerto Iguazú, Ciudad del Este, nos anos de 2014 e 2015, não foi possível seguir adiante na formulação das perguntas sobre a integração regional sem que o pesquisador fosse contraindugado pelos paraguaios a respeito das questões que lhes afligem por causa da memória da guerra.

1. MEMÓRIA DA GUERRA EM CONTEXTO DE INTEGRAÇÃO

A menção à guerra em que estiveram unidos o Brasil, a Argentina e o Uruguai contra o Paraguai, de 1864 a 1870, na qual “o Paraguai perdeu mais de 90% de sua população masculina acima de 7 anos”² (LILLIS; FANNING, 2009, p. 19) pôs em relevo na pesquisa mencionada a necessidade de discutir o que brasileiros, argentinos e uruguaios já esqueceram e parecem não querer discutir.

“(…) si podemos decir que si hay resistencias por los hechos históricos que

2 Lillis, Michael; Fanning, Ronan. Calúnia: Elisa Lynch e a Guerra do Paraguai. 1ª edição, São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2009, p. 19.

esos países protagonizaron contra Paraguay en aquella Guerra Grande de la Triple Alianza.” (Angel Ibarra, Ciudad del Este, entrevista realizada em 17.07.2014)

“(…) no podemos de olvidar los acontecimientos históricos y debo mencionar en ese aspecto que Paraguay es un país que persiste, que fue preservado por dios, porque lastimosamente en un tiempo muy lejano ya, pero si bien tuvo sus repercusiones, en todos los sentidos la Guerra de la Triple Alianza fue devastador y nefasto para Paraguay. Nosotros no tenemos rencor de ninguna manera contra el Brasil, contra la Argentina o contra Uruguay pero si reclamamos allá en el fondo una mayor atención y reclamamos que el hermano que ayer talvez que se creyó el más grande por haber lesionado al más pequeño, o sea que el hermano mayor haga una mea culpa y que ayude al más pequeño a salir adelante.” (Juan Leonardo Rodas, Ciudad del Este, entrevista realizada em 24.07.2014)

A propósito desse sentimento de redução em razão dos outros, o questionamento sobre as sanções aplicadas ao Paraguai, quando da suspensão do Mercosul, em 2012, devido ao suposto descumprimento da cláusula democrática, ressuscitou a crença de que o Brasil, a Argentina e o Uruguai estariam a repetir a história contra o Paraguai. Desde então, o ressentimento paraguaio tem estado mais presente nas conversas corriqueiras com eles, incluindo durante a pesquisa.

“¿Por qué Paraguay fue, por ejemplo, prácticamente destituido, (...) suspendido como miembro pleno del Mercosur cuando aquí Paraguay tiene su Constitución Nacional, tiene sus procedimientos en todos los aspectos, jurídicos, políticos, gubernamental, y aquí se aplicó lo que la carta magna estaba contemplado (...) el Mercosur aplicó sanciones gravísimas para el Paraguay sin dar la oportunidad a la defensa (...) Bueno, entonces cuando se deciden las cosas, lo deciden los grandes, ¿quiénes son los grandes? Y ahora se asumió Venezuela que es de la misma ideología política. Brasil, Argentina, Venezuela, ahí ya están todos, o sea que vos tenéis que aplaudir y eso está mal.” (Juán Leonardo Rodas, Ciudad del Este, entrevista realizada em 24.07.2014)

É possível que por causa dos processos de constituição das nacionalidades, incluindo as guerras, tenham se criado e exacerbado certos preconceitos de parte a parte. Ainda em 1865, ocasião em que D. Pedro II encontrou seus congêneres argentino, Bartolomé Mitre, e uruguaio, Venancio Flores, pelas bandas de Uruguaiana, o imperador brasileiro escreveu a sua esposa: “O primeiro é o mais ilustrado, o segundo é um caboclo velho e muito feio, mas esperto”. O Conde D’Eu, que depois seria responsável pela derrota final de López, completara, em carta ao seu pai: “Não poderiam existir dois tipos mais diferentes, Mitre sendo um homem letrado e Flores mais ou menos um bandoleiro”. Após o ataque de Uruguaiana aos paraguaios, que teriam sido “privados de comida, munição e dos números necessários a um contra-ataque”, cujas tropas tiveram que marchar passando pelos três governantes, D. Pedro II, ladeado por Mitre e Flores, teria dito: “O inimigo era mesmo indigno de ser batido. Que gente!” (BARMAN, 2012, p. 296).

Cerca de 150 anos após a Guerra da Tríplice Aliança, vejamos o que diz um entrevistado paraguaio sobre as expressões discriminatórias utilizadas por brasileiros em território paraguaio:

“Hay pobladores colonos de Brasil que despectivamente le llaman “Chi ru”

al paraguayo, no de un modo amigable sino ya con una connotación despectiva hacia el paraguayo en sí. Y son conceptos que cierto sector maneja, no podemos generalizar pero podemos hablar de que el sector agropecuario, los colonos que se dedican a la plantación de soja y todo ese sector si tiene un concepto de menospreciarle al paraguayo.” (Angel Ibarra, Ciudad del Este, entrevista realizada em 17.07.2014)

Vejamos, em contraposição, o que diz um entrevistado argentino a respeito do incômodo com expressões preconceituosas usadas por alguns paraguaios em relação aos argentinos por causa da guerra:

“Ellos (los paraguayos) nos dicen creo que “curepa” o algo así, no sé si los brasileiros también tienen apodo. Si, “curepa” que es un apodo que nos pusieron los paraguayos en la época de la Guerra de la Triple Alianza que tiene que ver con una vestimenta que usaban los argentinos. (...) “Curepa” significa chanco, cuero de chanco, algo así y tiene que ver con los uniformes que se usaban los soldados de esa época y que hoy para ellos nosotros somos “curepi” y tienen (...) ese rencor muy adentro todavía de una guerra que nosotros no tenemos nada que ver, son cosas que pasaron y quedaron en la historia, que hoy son parte de la historia” (Lucio Rojas, Puerto Iguazu, entrevista realizada em 05.10.2014).

José Lindomar Albuquerque destaca o significado de “chi ru” e “rapái” no contexto das rivalidades entre brasileiros e paraguaios:

los significados de los términos “chi ru” y “rapái”, son usados como expresiones negativas para clasificar los paraguayos y brasileiros en el contexto de frontera cultural y simbólica. (...) Así “che ru” en guaraní significa “mi amigo”, “mi companero”, los brasileños cambian para “chi ru” y pasa a ser un término de menosprecio a los paraguayos (...). De la misma forma, la palabra portuguesa “rapaz”, que significa muchacho, los paraguayos transforman en “rapái” para calificar a los brasileiros de una maneira negativa.³

Cabe aqui considerar a noção, desenvolvida por Benedict Anderson, em referência ao nacionalismo, do “apego que os povos têm às suas imaginações e como são capazes de morrer por suas invenções” (SCHWARTZ, In: ANDERSON, 2008, p. 14). Ao se referir aos denominados “fratricídios tranquilizadores”, Anderson constrói a ideia de que há uma espécie de lembrança/esquecimento no processo de surgimento dos Estados nacionais. As “amnésias típicas” (ANDERSON, 2008, p. 278) seriam estágios contíguos às lembranças do passado, fundamentais para que os Estados nacionais se constituam e se afirmem.

2. RESENTIMENTO, REMEMORAÇÃO E ESQUECIMENTO

O aspecto positivo do ressentimento paraguaio é o conhecimento da sua história. O aspecto negativo é a possibilidade de um excessivo apego ao passado, transformado em ferida aberta. A metáfora relaciona um estado de sofrimento com o qual é preciso saber o que fazer, para que não adquira caráter imobilizador, como sói acontecer com as enfermidades, por conta do sofrimento. “Toda memória, seja ela ‘individual’, ‘coletiva’ ou ‘histórica’, é uma memória para qualquer coisa, e não

³ Albuquerque, José Lindomar. Campesinos paraguayos y “brasiguayos” en la frontera este de Paraguay. In: Fogel, Ramón; Riquelme, Marcial (Compiladores). Enclave sojero: merma de soberanía y pobreza, 2005, p. 171.

se pode ignorar esta finalidade política (no sentido amplo do termo)” (GERAY apud SEIXAS, 2004, p. 56).

Na América Latina, o tema do ressentimento torna-se relevante politicamente a partir do momento em que ele se mostra insistentemente presente e, assim, “remete a um tempo repetitivo, gerador de fantasmas e pensamentos hostis, vividos na impotência” (ANSART-DOURLEN, 2004, p. 351). Só tem sentido revisitar o passado para contribuir para a construção de um projeto de futuro que nos pareça melhor, possibilitado pelo aprendizado do passado e nunca procurando repeti-lo.

A questão mais relevante que se coloca, no contexto da integração regional, é se esta tem condições de prosperar em meio a mal-estares nacionais, como o paraguaio. A questão se torna ainda mais significativa se pensamos que existiram outros conflitos na região latino-americana que relevam outros mal-estares nacionais. Campos-Delgado e Hernández (2015) citam, com base nos estudos do Heidelberg Institute for International Conflict Research (2014), nove conflitos relativos a disputas relacionadas à delimitação fronteiriça na América Latina:

Nicarágua y Colombia (delimitación marítima iniciado en 1825), Argentina y Reino Unido (Islas Malvinas/Falkland Islands, iniciado en 1833); Nicarágua y Costa Rica (Río San Juan, iniciado en 1858), Venezuela y Colombia (Archipiélago de los Monges, iniciado en 1871); Bolivia y Chile (acceso al mar, iniciado en 1883); Perú y Chile (delimitación marítima, iniciado en 1883); Guatemala y Belice (demarcación terrestre, iniciado en 1981); Estados Unidos y Cuba (Guantánamo, iniciado en 1959); Honduras y El Salvador (Isla Conejo, iniciado en 2013) (HERNÁNDEZ; CAMPOS-DELGADO, 2015, p. 13).

Na perspectiva dos autores citados, o sentimento de “perda territorial” deu margem a tensões como as verificadas com “Chile y Argentina a partir del nombrado Conflicto del Beagle el cual se resolvió con la firma del Tratado de Paz y Amistad en 1984 (Mendoza Pinto, 2004), o la llamada ‘guerra del Fútbol’ entre El Salvador y Honduras (Carias, 1970)” (HERNÁNDEZ; CAMPOS-DELGADO, 2015, p. 13).

A ferida paraguaia relacionada à Guerra da Tríplice Aliança integra, a meu ver, o que alguns autores pós-coloniais chamam de “ferida colonial”. A colonialidade da qual falam tais autores parece ainda estar muito presente na alma de parte das populações do mundo que foram, são ou se sentem sujeitadas pelos impérios do passado e do presente.

Entretanto, a ideia de “ferida colonial” conforme definida por Walter Mignolo, como aquele “sentimento de inferioridade imposto sobre os seres humanos que não se ajustam ao modelo pré-determinado nas narrativas euro-americanas”⁴, parece-me restrita e interessada em se contentar com a vitimização do colonizado ou ex-colonizado. Nesses termos restritivos, alcançaria apenas as pessoas que se identificassem com o projeto colonizador, como se as demais não tivessem sido tocadas pela colonização. O exemplo típico de uma pessoa tocada pela “ferida colonial”, nos termos descritos tradicionalmente pela teoria pós-colonial, é o daquela pessoa que quer ser como o europeu e, mais recentemente, como o norte-americano, sem poder

4 MIGNOLO, Walter. *The Idea of Latin America*. Oxford/Victoria: Blackwell Publishing, 2005, pos. 76 e 261. Seja “física e/ou psicológica, é a consequência do racismo, do discurso hegemônico que questiona a humanidade de todos aqueles que não pertencem ao locus da enunciação (e da geopolítica do conhecimento) daqueles que têm o poder de estabelecer padrões de classificação e atribuem a eles próprios o direito de classificação”.

sê-lo⁵. Há um certo ar de ridículo na descrição dessa pessoa, sobretudo se temos diante de nós um negro, um indígena ou um sertanejo com pinta e discurso de colonizador.

Entendo que o projeto colonial deixou marcas profundas em todos os que a ele foram submetidos. Está presente também nos insurgentes de todas as partes do mundo colonizado ou ex-colonizado, a exemplo daqueles que no Oriente Médio dão demonstrações diárias da dor e da ira que sentem pela violência e pelo racismo impingidos contra eles ao longo do tempo. Ao decapitarem pessoas com os instrumentos midiáticos aprendidos do Ocidente, o Estado Islâmico desperta ao mesmo tempo medo e pena. O medo é de que o mundo fique cada vez mais marcado por essas expressões de violência, muito mais que pelo diálogo e pela cooperação. A pena vem da compreensão de que a revolta de seus integrantes foi gestada lentamente ao longo de sucessivas gerações sujeitadas pelos impérios.

O Paraguai não esquece os fatos dos quais foi vítima, aferrando-se às lembranças do passado e requer, em razão delas, algum tipo de reparação. É um pedido de atenção. Embora seja adequado rever a história para recontá-la de outros pontos de vista, é preciso considerar pelo menos as seguintes questões: a) a descrição histórica é sempre uma perspectiva; portanto haverá tantas possibilidades de redescritção e interpretação quanto as cabeças propriamente pensantes que se disponham a promover a revisão; b) por mais que as marcas do passado se estendam sobre o presente, quem as praticou nos moldes relatados pelas vozes ressentidas (a não ser em contextos ainda atuais, como os dos genocídios praticados em Ruanda, antiga Iugoslávia, Timor Leste e Sudão), os atos horrendos foram praticados por pessoas que já não mais estão entre nós e quem aqui está, salvo situações particulares de continuidades perseveradas, não tem responsabilidade sobre o passado; c) o ressentimento delirante pode levar a um estado de incapacidade de construção do presente e do futuro, devido às dores do passado.

Jeanne Marie Gagnebin chama atenção para o fato de que o discurso da memória correria o risco de recair na ineficácia dos bons sentimentos ou, pior ainda, numa espécie de celebração vazia, rapidamente confiscada pela história oficial.

Diferentemente dessa perspectiva da comemoração, Gagnebin propõe:

Uma distinção entre a atividade de comemoração, que desliza perigosamente para o religioso ou, então, para as celebrações de Estado, com paradas e bandeiras, e um outro conceito, o de rememoração (...). Tal rememoração implica uma certa ascese da atividade historiadora, que, em vez de repetir aquilo de que se lembra, abre-se aos brancos, aos buracos, ao esquecido e ao recalçado, para dizer, com hesitações, solavancos, incompletude, aquilo que ainda não teve direito nem à lembrança nem às palavras. A rememoração também significa uma atenção precisa ao presente, particularmente a estas estranhas ressurgências do passado no presente, pois não se trata somente de não se esquecer do passado, mas também de agir sobre o presente. A fidelidade ao passado, não sendo um fim em si, visa à transformação do presente.

As dores do passado paraguaias precisam ser observadas em vinculação com as condições da política interna do país, ao longo de sua história e nos dias atuais. Essas condições mostram que o atraso do Paraguai (o mesmo pode-se considerar em relação à América Latina) não se explica apenas pelos atos horrendos do passado, cometidos

5 Na literatura vigorosa de Frantz Fanon, embora sem a denominação de ferida colonial, que lhe é posterior, o autor menciona o exemplo da personagem principal do livro *Je suis Martiniquaise*, Mayotte Capécia, a jovem negra que demonstra o desejo de se embranquecer. FANON, Frantz. *Pele Negra, máscaras brancas*. Salvador: EDUFBA, 2008, p. 56-57.

pelo outro. Rodriguez expõe um dos lados mais perversos da política interna, a frágil e desigual tributação, responsável em grande parte pela parca estrutura produtiva, viária e social do país. “La ciudadanía mayoritaria del Paraguay accede poco a los bienes públicos. Al desarrollo jurídico, político, económico, social y cultural.” (RODRÍGUEZ, 2014, p 33) Sem a necessária tributação, à diferença do que acontece em outros países do subcontinente, gera-se “un enorme deficit en vías de transporte, provisión de energía; y, por otro lado, hay otro enorme deficit la inversión en la gente: educación, salud; urbanización, vivienda, seguros sociales” (RODRÍGUEZ, 2014, p 33). Em 2012, a carga tributária no Paraguai era de 12,7% do Produto Interno Bruto. No mesmo ano, a América Latina contava com 18,3%, o Mercosul com 23,6%, a África com 20,1%, os Estados Unidos com 28,2% e a União Europeia com 39,3% de tributação (RODRÍGUEZ, 2014, p 34). E mais, no Paraguai, o predomínio do imposto indireto é desproporcionalmente alto, na ordem de 74% (RODRÍGUEZ, 2014, p 33). “El sector agroexportador, el más dinámico, genera hoy cerca del 20% del PIB. Paga un 0,5% del PIB en impuestos, eso es cercano a un 5% de los tributos; cuando, en promedio, el contribuyente paga el 12% del PIB per cápita en impuestos.” (RODRÍGUEZ, 2014, p 33)

Dependemos mais que tudo de nós mesmos e nesse sentido precisamos de força criadora para transformar nossa própria realidade.

Escuchar la voz de las víctimas, desenterrar las fosas comunes, reconstruir aquella historia dolorosa que los perpetradores de un lado y del otro pretenden acallar por la fuerza o maquillando los hechos del pasado. La recuperación de la memoria del sufrimiento es un proyecto que involucra la participación del ciudadano y que pone a prueba la fortaleza de sus vínculos de lealtad para con la comunidad que habita. (GEHRI, 2009, p. 340-341)

Anterior à integração é a reconciliação. Coisa que os realistas de plantão, comemoradores tenazes das guerras que são, desestimarão. O que falar de neoliberais, stalinistas e mercenários da fê alheia? Os conflitos seguirão existindo, que ninguém se engane. Nem a alegada fraternidade acabará com o conflito.

Nesse sentido, seria mais apropriado os paraguaios exigirem dos seus vizinhos a devida consideração nas decisões sobre as questões do presente e do futuro, a fim de que a história não se repita. Gagnebin está a nos dizer, de fato, que o passado foi feito por quem não está mais aqui. A propósito, a superação de figuras como D. Pedro II, Bartolomé Mitre, Venancio Flores e Solano Lopez é que permite que haja a possibilidade de reparação, pois com eles o que restaria era estado de beligerância.

Diante do paradoxo do ressentimento, Gagnebin propõe a:

Ampliação do conceito de testemunha de modo a abarcar não apenas aquela pessoa que viu diretamente com os próprios olhos, mas também aquela que não vai embora, que consegue ouvir a narração insuportável do outro e que aceita que suas palavras revezem a história do outro: não por culpabilidade ou por compaixão, mas porque somente a transmissão simbólica, assumida apesar e por causa do sofrimento indizível, somente essa retomada reflexiva do passado pode nos ajudar a não repeti-lo infinitamente, mas a ousar esboçar uma outra história, a inventar o presente.

Em outras palavras, teremos que seguir ouvindo as histórias do genocídio cometido por brasileiros, argentinos e uruguaios contra o povo paraguaio, ocorrido há cerca de 150 anos, como condição para seguirmos acreditando no potencial integrador da região. Além do Paraguai, os demais nacionais dos países da América Latina,

também temos os nossos ressentimentos contra espanhóis, portugueses, ingleses, franceses e norte-americanos. Mas somos nós que temos que ter a capacidade de construir uma nova história a partir de nós mesmos. Se não fizemos até hoje, a integração sonhada não foi apenas pelos estratagemas dos grandes adversários no cenário mundial, mas igualmente pelos estratagemas ou insuficiências dos nossos próprios nacionais do passado e do presente. A aceitação da versão de que nossas elites governantes sempre se ajoelharam aos pés dos poderosos implica em considerar que elas poderiam haver escrito uma história diferente, não tivessem sucumbido às pressões de quem os procurou dominar.

A rememoração proposta por Gagnebin deve possibilitar que exijamos relações humanas em bases igualitárias envolvendo os países da região, diferentemente do que aconteceu no passado e se repete no presente. Se queremos, hoje, realizar a integração entre nossos povos, porque este nos parece ser o melhor caminho a seguir, não resta outra alternativa: choremos juntos com os paraguaios. Façamos de sua dor a nossa dor, porque a sua dor, embora sentida de forma diferente, é também nossa. Cento e cinquenta anos depois, não está em questão quem começou ou os motivos da guerra, mas a desproporção das ações bélicas, com os efeitos conhecidos sobre o Paraguai.

Por essa dor, impulsionemos pedidos de reconhecimento da desproporção pelas autoridades nacionais do Brasil, Argentina e Uruguai, como sugere Michael Lillis (2009); divulguemos na mídia e nas escolas dos países da região as revisões históricas que dimensionam os graves erros dos nossos antepassados, praticadas onde quer que tenham sido; escrevamos artigos científicos; criemos obras de arte; mas, sobretudo, amplifiquemos nossa voz para que o Paraguai seja tratado, doravante, com a igualdade que esperamos ser tratados nos foros internacionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As reflexões aqui apresentadas compõem o relatório da pesquisa sobre a Percepção da Integração Regional na Fronteira do Brasil, Argentina e Paraguai: Foz do Iguaçu, Puerto Iguazú, Ciudad del Este. Buscam, indo além do escopo estrito da pesquisa, contribuir para que, pela reflexão a respeito do passado e do presente, possamos construir melhores bases para a integração latino-americana. Pura e simplesmente não é possível seguir adiante com pretensões integracionistas sem abrir espaço a essa revisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, José Lindomar. Campesinos paraguayos y “brasiguayos” en la frontera este de Paraguay. In: FOGEL, Ramón; RIQUELME, Marcial (Comps.). **Enclave sojero**: merma de soberanía y pobreza, 2005.

ANDERSON, Benedict. **Comunidades imaginadas**: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo. Tradução: Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

ANSART-DOURLEN, Michèle. O ressentimento – As modalidades de seu deslocamento nas práticas revolucionárias. Reflexões sobre o uso da violência. In:

BRESCIANI, Stella; NAXARA, Márcia (Orgs.). **Memória e (res)sentimento**: indagações sobre uma questão sensível. 2. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2004.

BARMAN, Roderick J. **Imperador cidadão**. São Paulo: Editora UNESP, 2012.

BENVENUTO, Jayme. **Relatório de Pesquisa**: Percepção da Integração Regional na Fronteira do Brasil, Argentina e Paraguai: Foz do Iguaçu, Puerto Iguazú, Ciudad del Este. Foz do Iguaçu: edição do autor, 2015.

FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas**. Salvador: EDUFBA, 2008.

GAGNEBIN, Jeanne Marie. Memória, história, testemunho. In: BRESCIANI, Stella; NAXARA, Márcia (Orgs.). **Memória e (res)sentimento**: indagações sobre uma questão sensível. 2. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2004.

GRIMSON, Alejandro. **Del otro lado del río**: periodistas, nación y Mercosur en la frontera. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2002.

HERNÁNDEZ, Alberto Hernández; CAMPOS-DELGADO, Amalia E. Introducción. In: **Líneas, límites y colidancias**: miradas a las fronteras desde América Latina. HERNÁNDEZ, Alberto Hernández; CAMPOS-DELGADO, Amalia E. México: CIESAS, 2015.

LILIS, Michael; FANNING, Ronan. **Calúnia**: Elisa Lynch e a Guerra do Paraguai. Tradução do inglês: Marisa Paro; tradução do espanhol: Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2009.

RODRÍGUEZ, José Carlos. Pobreza fiscal, atraso y desigualdad. Ecuación de infortunio paraguayo. In: **Pensar la integracion: miradas al desarrollo y la democracia**. Assunção: Instituto Social del Mercosur, 2014.

SCHWARTZ, Lilia Moritz, Imaginar é difícil (porém necessário), In: ANDERSON, Benedict. **Comunidades imaginadas**: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo. Tradução: Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

SEIXAS, Jacy Alves de. Percursos de Memórias em Terras de História: problemas atuais. In: BRESCIANI, Stella; NAXARA, Márcia (Orgs.). **Memória e (res)sentimento**: indagações sobre uma questão sensível. 2a. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2004.

Artigo convidado, recebido em: 09/10/2017

REVISTA
**DIREITO SEM
FRONTEIRAS**

II. DOUTRINA INTERNACIONAL

1

**THE IMPORTANCE OF INTEGRATING FLOOD RISK MANAGEMENT
INTO WATER GOVERNANCE: COMPARATIVE ANALYSIS OF THE
LEGAL FRAMEWORK IN GERMANY AND BRAZIL**

**A IMPORTÂNCIA DE INTEGRAR A GESTÃO DO RISCO DE
INUNDAÇÕES COM A GOVERNANÇA DA ÁGUA: ANÁLISE
COMPARATIVA DO QUADRO JURÍDICO DA ALEMANHA E DO BRASIL**

Daniela Siebert¹

¹ Doutoranda em Governança Ambiental na Universidade Albert-Ludwigs em Freiburg, Alemanha. Autora radicada na Alemanha. E-mail: danielahsiebert@gmail.com

Como citar este artigo:

SIEBERT, Daniela H. **The importance of integrating flood risk management into water governance: Comparative analysis of the legal framework in Germany and Brazil** – Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. Jul/Dez. 2017; v. 1 (2): 81-90.

ABSTRACT

Extreme flood events have become recurrent in Brazil and Germany. The spring-summer of 2013 in Germany and the summer of 2013-2014 in Brazil are examples of great negative impacts. Many deaths and significant economic losses have led authorities to improve policies and review strategies to minimize adverse effects of floods. Despite having some similarities regarding political systems (federalism) and responsibilities among the different levels of government, the analysis reveals that authorities have chosen distinct approaches to tackle flood issues in both countries. This study seeks to assess the current legal frameworks by focusing on regulatory instruments of both countries and their capacity for coping with floods. The comparison aims to highlight points of convergence and divergence as well as recognize gaps and opportunities to improve Flood Risk Policy in Brazil and Germany. The investigation, using the deductive method, involves a literature review and explores the legal framework in federal level by considering the concept of Integrated Flood Management (IFM). Besides, the research alludes to Minas Gerais and Baden Württemberg legislation to exemplify flood policy in state level.

Keywords: Brazil. Flood regulatory instruments. Flood legal framework. Germany. integrated flood management.

RESUMO

Eventos de inundações extremas têm se tornado recorrentes no Brasil e na Alemanha. A primavera-verão de 2013 na Alemanha e o verão de 2013-2014 no Brasil são exemplos de grandes impactos negativos. Um grande número de mortes e perdas econômicas significantes têm levado as autoridades a melhorar as políticas e rever estratégias para minimizar os efeitos adversos das inundações. Apesar de haver algumas similaridades a respeito dos sistemas políticos (federalismo) e das responsabilidades entre os diferentes níveis de governo, a análise revela que as autoridades têm escolhido abordagens distintas para lidar com os problemas de inundação em ambos os países. Este estudo visa avaliar os quadros jurídicos atuais, focando nos instrumentos regulatórios de ambos os países e suas capacidades de lidar com as inundações. A comparação visa ressaltar os pontos de convergência e de divergência, bem como identificar lacunas e oportunidades de melhorar as Políticas de Risco de Inundação no Brasil e na Alemanha. A investigação, usando o método dedutivo, envolve uma revisão literária e explora o quadro jurídico em nível federal, considerando o conceito de Gestão Integrada de Inundações (GII, em inglês IFM). Além disso, a pesquisa refere-se à legislação de Minas Gerais e Baden Württemberg para exemplificar as políticas de inundação em nível estadual.

Palavras-chave: Brasil. Instrumentos regulatórios de inundação. Quadro jurídico de inundação. Alemanha.

INTRODUCTION

Germany and Brazil as other parts of the globe have suffered the effects of disruption of the hydrological systems. A combination of physical and societal processes have been intensifying flood events as happened during the spring-summer of 2013 in Germany and the summer of 2013-2014 in Brazil and therefore led authorities to improve flood policy in both countries. As federal republics, duties regarding flood risk management are divided by law among Federal, State and Local Government. Despite having similarities concerning competence related to civil defence, water resources management as well as environmental protection policies, approaches and strategies to tackle flood issues are diverse.

Being a member of the European Union, Germany follows the European Directive on the Assessment and Management of Flood Risks (2007/60/EC) which prioritizes maintenance of natural balance. The idea to “work with nature, rather than against it” (EC, 2011) aims to avoid new physical modifications of water bodies and it is called Integrated Flood Approach (IFM). In contrast, the Brazilian programme established by the Brazilian National Policy of Protection and Civil Defence (Federal Law n. 12.608/2012) has a strong focus on Flood Defence System which enhances the risk protection.

In the following sections, this study briefly reviews the new tendency to replace fragmented approaches towards flood risk reduction with a more holistic view. The second part embraces an overview of German legal provisions and regulatory instruments. It highlights the adoption of the new approach and its particular characteristics as well as suggests opportunities to improve significant points. Subsequently a survey of Brazilian legislation reveals a different way which includes another understanding of the phenomenon of flooding. This comprehension plays a central role to determine the paradigm in which the policy is based on.

Intending to contribute to current debates concerning flood risk management this research underlines points of convergence and divergence between the policy programmes from Brazil and Germany. By analyzing the legislation and following the IFM concept as a guideline, the study seeks to enhance knowledge and capacity for coping with floods.

METHODOLOGY

The research embraces a multi-disciplinary literature review and explores federal and state legal and policy documents, with the purpose of identifying connections among different policy agendas and their regulatory instruments. The analysis of legislation has been chosen considering the vital role of the law to implement policies in different levels of government. Authorities must follow the legal provisions to make decisions and plan each step of flood management. Furthermore, regulatory instruments are likewise crucial to establish legal limits and prohibitions which may cover interrelated policies.

The investigation, using deductive method, takes into account the IFM

concept. IFM is an initiative developed by the Global Water Partnership (GWP) and World Meteorological Organization (WMO). The IFM's view recognizes flooding as a natural phenomenon with beneficial impacts which can never be fully controlled. This programme requests for an interaction among various disciplines, government departments and also sectors of society (APFM, 2009).

The selection of Brazil and Germany is justified by their similarities in the distribution of competences among levels of government, particularly regarding policies correlated to flood management. The research focuses on inland floods, especially river floods from which both countries have been suffering in the past years. Legislations from Minas Gerais State in Brazil and Baden Württemberg in Germany were analyzed to complement the study and exemplify flood risk management in state level.

1. FLOOD RISK APPROACHES

1.1 Flood risk: management or protection?

Over the past two decades, a shift in the way to deal with flood risk has emerged. The recognition of floods as natural phenomenon has introduced the distinction between hydrological and damaging floods: "damaging floods result from a combination of physical and societal processes." (MERZ et al., 2010, p.509). The new interpretation has been completing or replacing the traditional flood protection approach.

The illusion of complete safety against flood has been substituted for the idea of promoting nature-based options along river catchments. Although technical flood defence is important to reduce extreme flooding, it is only effective up to certain return periods. The residual risk must be considered especially for communities living downstream (GARRELTS; LANGE, 2011, p. 200-209).

Recognized as a cost-effective way to deal with large uncertainty regarding flood events, the emerging IFM approach emphasizes non-structural measures. (EC, 2011) This new approach intends to protect people from flooding through effective planning and management of urban development. Different instruments are coordinated and may maximize the retention of water in soils, protect wetlands, and use temporary storage areas, for example (APFM, 2009).

1.2 German Flood Approach

After recurrent tragic events over the years, the European Union has modified the flood risk policy by reforming the flood protection approach. A comprehensive plan based on conservation of hydrologic systems was introduced by the Directive 2007/60/EC in order to reduce adverse consequences of flooding for human health, environment, cultural heritage and economic activities. The objective of the Flood Directive is to combine a variety of actions, including planning of developments, land use management, flood warning, community involvement and new structures

to achieve the aims (EC, 2011). There are three policy implementation steps: preliminary flood risk assessment, flood hazard maps and flood risk maps. The Directive requires that Member States consider local and regional circumstances as well as follow standards and deadlines. (EU, 2007)

In Germany, the Flood Control Act entered into force in 2005 and introduced flood protection plans as new policy instrument. Furthermore, this act designated a new zoning category for areas likely to be flooded and for the first time in Germany introduced a prohibition of planning new buildings in flood plain areas. (GARRELTS; LANGE, 2011, p. 200-209)

Still, only in March, 2010, with the transposition of the Directive 2007/60/EC into national law a “management approach” was brought in legislation. (HEINTZ et al, 2012, p. 135-156). Germany has been adopting a range of measures and concepts from the EU Directive. However, the main focus of flood policy is management of riverine and coastal flooding as settled by the Act to Improve Preventive Flood Control.

With regards to competences to implement the new approach of flood risk management, it is important to clarify that federal government legislates on water rights in general (Basic law, art. 74) and both Federation and Federal States (Länder) have legislative powers regarding water resources. Federal States are also responsible for rules related to the regulation of flood management. Flood risk assessment, planning and management are examples of regulation provided by the State Government. However, there are basic management rules which were established by the Federal Water Act. At a regional and municipal level, communities are in charge of authorizing specific projects in their areas which have influence in flood policy.

The new basis of the German flood risk management inserted in 2009 promoted revisions in German legislation. In terms of regulatory instruments, there is a great number of restrictions to use floodplain, for example. The HQ100 standard defined the floodplain areas which are protected. It means that Germany’s flood managers intend to provide a particular level of protection by banning land use in HQ100 areas (areas which frequent events that occur once every 100 years). According to the Federal Water Act (Wasserhaushaltsgesetz - WHG, 2009) it is forbidden in flood plain areas:

construction of new buildings or modification of old ones as well as construction of walls or other structural measures to control flood. Planting trees and garden is not allowed if the process does not adhere to either the flood management plans, objectives or flood prevention measures.

Another limitation of land use embraces riparian forest and wetland which are considered as protected areas and cannot be used. Moreover, the German Land Use Planning Act (Raumordnungsgesetz – ROG, 2008) requires that development plans must include retention areas (“polders”). The provision target is to control the extension of river floods mainly by protecting or recovering wetlands, retention areas and relief areas. Federal Building Code and Federal Soil Protection act has

restrictions regarding maintenance and restoration of natural process as infiltration and functional capacity of soils.

The regulatory instruments pursued by Federal States are similar. Baden Württemberg, for instance, has indicated precisely in its State Water Act (Wassergesetz für Baden-Württemberg - WG, 2013) which areas must be protected as floodplain. The building code has also restrictions concerning storage of toxics/chemicals substances and disposal of rainwater, for example. Moreover, it establishes that building design projects are only approved if they incorporate flood adaptation measures. At state level the Soil Protection Law (Landes-Bodenschutz- und Altlastengesetz – LbodSchAG, 2004) also presents guidelines to promote sealed areas reduction as well.

1.3 Brazilian Flood Approach

The tragic effects of floods have not been avoided by preventive measures despite the Federal Government investment between 2007 and 2012 of R\$ 27,6 billion (around US\$ 11,8 billion) in disaster prevention. (Brazilian Ministry of Planning, 2012) The National Policy of Protection and Civil Defence, introduced in 2012 by the Federal Law n. 12.608, determines the adoption of a systemic approach of prevention, mitigation, preparedness, response and recovery as guidelines. However, the analysis of responsibilities of federal government, states and municipalities as well as other provisions shows that the policy is based on the former traditional defence approach (“fighting against flood”) (MERZ et al, 2010, p. 509-527) and prioritizes an implementation of emergency planning (proactive pre-incident activities) and the recovery is based on structural measures.

In Brazil there is no specific policy to deal with floods and there are few flood measures either focused on degradation of water resources or based on environmental options. For instance, the Brazilian National Water Resources Law (Law n. 9.433/97) alludes the term “defence” against hydrological events and determines that water governance embraces management and protection of only surface and groundwater resources only (following the Federal Constitution art.26,I and art.20, III). This idea does not follow the systematic approach in which the policy is inspired. Consequently, the notion of IFM approach is not yet envisaged by Brazilian authorities even though the National Policy of Protection and Civil Defence has as guideline the integration of policy agendas.

The National Policy of Protection and Civil Defence has among its objectives the idea of developing sustainable urbanization. However, policy instruments are not clearly defined to achieve such objectives. Regarding urban planning, for instance, only the municipalities which are registered as municipalities susceptible (areas where events are frequent) to landslides, flash floods, geological or hydrological processes must plan measures for preventive intervention and relocation of the residents from risk areas. Draining areas to prevent and mitigate the impacts of natural disasters is also required from these municipalities. In addition, only municipalities interested in enlargement of their urban areas must delimitate

risk areas in order to promote a special control of natural disasters. Another rule involves contents of the master plan which must be created by municipalities as well and it must consider points and priorities from water resources plans.

Besides, according to the Law n.12.608/12, municipalities are responsible for controlling and monitoring of risk areas and in conjunction with the State Government must identify areas and prepare risk maps. The same law has promoted some changes in the National Land Use Law (Law n.6766/1979). The most important regulation is that municipalities cannot approve allotment projects or new buildings in risk areas (which are defined as non-buildable in the master plan). It is noticeable that the most of the standards and deadlines for implementation measures must be established by ordinances and other laws which are different in Germany. Building regulation in Brazil is defined by municipalities and must follow the general terms of the Law n 10.257/01 which determines rules regarding urban policy. That Law recommends that municipalities stimulates the adoption of eco-friendly technologies with a especial purpose of impact reduction on natural resources as well as a particular instrument to reduce sealed areas. The National Law of Forest Protection (Lei n. 12.651/12) includes as regulatory instrument the requirement of identification of risk areas in the process of environmental licence of settlements in urban areas.

Minas Gerais, as Baden Württemberg, has policies which adhere to national police guidelines as civil defence, water governance and environmental protection policies. Regarding natural events and their effects, since 2005 there has been a specific policy to prevent and combat disasters resulting from heavy rains and other measures. Still, the legislator has not established particular instruments to face the problem. Environmental impacts have been mentioned but the approach is based on “protection against floods” as the federal law concerning civil defence.

CONCLUSIONS

The implementation of Integrated Flood Management (IFM) represents one essential step to build a culture of disaster prevention and resilience. Designed to be a long term policy based on nature protection IFM involves a multidisciplinary approach with coordination among various levels of administration. In order to demonstrate how Germany has introduced this approach and the importance of the adaptation of the current approach in Brazil, the study embraces an investigation of legal framework and regulatory instruments. These rules must cover not only planning measures as floodplain zoning but also disaster response duties as defined institutions responsible for weather forecasting and warning services. The investigation has identified gaps regarding political commitment and balance of responsibilities. The study intends to contribute to the improvement of policy programmes from Brazil and Germany as well as inspire other countries which seek to enhance knowledge and capacity to cope with floods.

By introducing a specific and long term policy to manage floods based on IFM, Germany has been achieving satisfactory results concerning flood management

in conjunction with safety and nature conservation. It is possible to infer that Federal States are notably responsible for the implementation of flood policy. The analysis has revealed that regulation of flood management puts Federal States in an important position to determine the success of policy implementation. The choice and arrangement of measures and instruments together with communication strategies are crucial to reach the goals. Moreover, the acceptance of the EU Directive is quite high in Germany. Despite the policy approach is straightforward and regulatory instruments well established. States have found different ways to manage floods. The review has indicated that coordination between states, communication and stakeholders' participation are the main challenges for Germany. (HEINTZ et al, 2012, p. 135-156)

In relation to Brazil, the investigation has demonstrated that Brazilian authorities are not so familiar with new technologies and instruments concerning flood management. Compared to Germany, Brazilian regulatory instruments do not embrace the most obvious problems. One important challenge for Brazilian authorities is to fill the gap related to the role of water authority in flood management. In order to fill this gap, it is also necessary to redefine the concept of floods by understanding hydrologic systems and natural phenomena. Another crucial factor involves the balance of competences among administrative borders municipalities in Brazil have different characteristics and dimensions and a great part of them cannot implement by themselves the range of measures and instruments which are established in the current legislation. In order to overcome issues related to funds and skilled professionals, cooperation across administrative borders are essential.

REFERENCES

Associated Programme on Flood Management - APFM (2006). **Legal and Institutional Aspects of Integrated Flood Management**. World Meteorological Organization-No. 997, Geneva, Switzerland.

Associated Programme on Flood Management - APFM (2009). **Integrated Flood Management Concept Paper**. World Meteorological Organization-No. 1047, Geneva, Switzerland.

Baden-Württemberg (2013). Wassergesetz für Baden-Württemberg – WG. **State Law Gazette** (GBl), p.389, dated 03 December 2013.

Baden-Württemberg (2004). Landes-Bodenschutz- und Altlastengesetz - LBodSchAG. **State Law Gazette** (GBl), p.908, dated 14 December 2004.

Brasil (1988). **Federal Constitution**. Senado Federal. *Federal Law Gazette*. Section 1, p.1, dated 05 October 2013.

Brasil (1997). Lei n. 9.433. **Federal Law Gazette**. Section 1, p.470, dated 09 January 1997.

Brasil (2012). Lei n. 12.608/2012. **Federal Law Gazette**. Section 1, p.1, dated 11 April 2012.

Brasil (1979). Lei n. 6766 / 1979. **Coleção de Leis do Brasil**, vol. 7, p. 172.

Brasil (2012). Lei n. 12.651/2012. **Federal Law Gazette**. Section 1, p.1, dated 28 May 2012.

Brazilian Ministry of Planning (Ministério de Planejamento) (2012). **Lançado Plano Nacional para prevenção de desastres naturais**. In: <http://www.pac.gov.br/noticia/c1619715>.

Bundesrepublik Deutschland (1949). Grundgesetz. **Federal Law Gazette**, dated 23 May 1949.

Bundesrepublik Deutschland (2009). Wasserhaushaltsgesetz – WHG. **Federal Law Gazette** (BGBl.), I p. 2585, dated 31. Juli 2009.

Bundesrepublik Deutschland (2008). Raumordnungsgesetz – ROG. **Federal Law Gazette** (BGBl.), I p. 2986, dated 22 Dezember 2008.

Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit - BMUB (2005). New Flood Control Act enters into force. Preventive flood protection is improved significantly, **Press statement** n. 111, May 9th 2005.

Fliervoet, J.M.; Van den Born, R.J.G.; Smits, A.J.M.; Knippenberg, L. (2013). Combining safety and nature: A multi-stakeholder perspective on integrated floodplain management. **Journal of Environmental Management**, 128, 1033-042.

Garrelts, H.; Lange, H. (2011). Path Dependencies and Path Change in Complex Fields of Action: Climate Adaptation Policies in Germany in the Realm of Flood Risk Management. **Ambio**, 40, 200–209.

Heintz, M.C.; Hagemeyer-Klose, M.; Wagner, K. (2012). Towards a Risk Governance Culture in Flood Policy – Findings from the Implementation of the “Flood Directive” in Germany. **Water**, 4, 135-156.

Merz, B.; Hall, J.; Disse, M.; Schumann, A. (2010). Fluvial flood risk management in a changing world. **Natural Hazards and Earth System Sciences**, 10, 509-527.

Minas Gerais (2005). Lei n. 15660. **State Law Gazette**. Section 1, p.1, dated 7 July 2005.

The European Commission (2011). **Towards better environmental options in flood risk management**. Directorate-General Environment D.1, 236452, Brussels.

The European Parliament and the Council of the European Union (2007). Directive

2007/60/EC of the European Parliament and the Council of 23 October 2007 on the assessment and management of flood risks. **Off. J. Eur. Union**, L288/27-L288/34. Umwelt Bundes Amt – UBA (2010). **Water Resource Management in Germany (Part 1 – Fundamentals)**, UBA, Dessau-Roßlau.

Artigo recebido em: 26/04/2017

Artigo aceito em: 16/06/2017

REVISTA
**DIREITO SEM
FRONTEIRAS**

II. DOCTRINA INTERNACIONAL

2

**RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL
CONSTITUTIONAL APPEAL FOR INJUNCTIVE RELIEF**

Leonardo da Silveira Pacheco¹

¹ Desembargador do Trabalho do Tribunal do Trabalho da 1ª Região, Estado do Rio de Janeiro (Brasil), Ouvidor eleito do Tribunal do Regional do Trabalho da 1ª Região e Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa. Autor radicado em Portugal. E-mail: leonardo.pacheco@trt1.jus.br.

Como citar este artigo:

PACHECO, Leonardo da Silveira. Recurso de amparo constitucional - Revista Direito Sem Fronteiras – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. Jul/Dez. 2017; v. 1 (2): 91-108.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo examinar modelos de controle de constitucionalidade e mecanismos de proteção aos direitos e liberdades fundamentais, notadamente, o recurso de amparo existente na Espanha e o recurso constitucional (ou queixa constitucional) previsto no ordenamento jurídico da Alemanha, fazendo uma análise comparativa entre sistemas jurídicos diversos, apontando acertos e críticas oriundos da doutrina.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Direitos e liberdades fundamentais. Recurso de amparo. Queixa constitucional e análise comparativa.

Abstract: This paper aims to analyze models of constitutionality control and mechanisms for the protection of fundamental rights and freedoms, notably, the appeal for injunctive relief which exists in Spain and the constitutional appeal (or constitutional grievance) predicted on Germany's legal framework, making a comparative analysis between the various legal systems, pointing successes and failures resulting from the doctrine.

Keywords: Constitutionality control. Fundamental rights and freedoms. Appeal for injunctive relief. Constitutional grievance and comparative analysis.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo do recurso de amparo constitucional positivado nas constituições espanhola e alemã, bem como em suas legislações infraconstitucionais, passando pela análise do controle de constitucionalidade portuguesa e os meios de proteção aos direitos fundamentais existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Em Portugal, “a garantia da Constituição é fundamentalmente assegurada por dois meios distintos, ambos consagrados na Parte IV da Constituição da República Portuguesa (CRP): a fiscalização de constitucionalidade (Título I) e a revisão constitucional (título II).”²

São mecanismos de proteção do ordenamento constitucional em si mesmo, isto é, de garantia da lei fundamental. O primeiro é exercido pelo Poder Judiciário através de um sistema misto de controle de constitucionalidade: de fiscalização concreta da inconstitucionalidade e de fiscalização abstrata da inconstitucionalidade, pelo Tribunal Constitucional (TC). O segundo é operado pelo Poder Legislativo.

Embora o Tribunal Constitucional tenha inúmeras competências, como refere José Manuel M. Cardoso da Costa, “[...] falta neste elenco algumas das áreas de competência típicas de jurisdição constitucional de outros países, como sejam, designadamente, a da resolução de litígios constitucionais em sentido estrito, [...] a da

2 IV CONFERÊNCIA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL IBERO-AMÉRICA – Modelos de Justiça Constitucional. Relatório do Tribunal Constitucional Português, Sevilha, 2005, questão 1.

proteção específica dos direitos fundamentais através de um instituto processual do tipo da ‘queixa constitucional’ ou equivalente: todos estes, são, na verdade, domínios desconhecidos ou, de todo o modo, não incluídos a se no âmbito da jurisdição constitucional portuguesa” (COSTA, 2007, p. 30-31).

O almejado recurso de amparo português, proposto em pelo menos três revisões constitucionais, de conteúdo mais específico e mais abrangente quanto aos seus sujeitos, como concebido na Espanha e na Alemanha, ainda não é uma realidade portuguesa, inexistindo mecanismo direto de proteção dos direitos fundamentais, vulnerados por ações e omissões do Legislativo, Executivo e Judiciário, não havendo, neste particular, a uniformização da política jurisdicional de proteção a estes direitos, através de uma jurisdição especial.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional, por meio de critérios de interpretação, passou a adotar um conceito “funcional” de norma, considerando-a como toda e qualquer proposição “preceptiva” (COSTA, 2007, p. 34), ampliando o espectro de sua competência, mas, mantendo a exclusão desse controle os atos públicos (decisões judiciais e atos administrativos propriamente ditos) bem como os atos políticos (COSTA, 2007, p. 35).

Portanto, a Constituição Portuguesa não é dotada de mecanismo de proteção e tampouco atribui competência ao Tribunal Constitucional contra violação de direitos e liberdades fundamentais, como acentuou Pedro Trovão do Rosário (2012, p. 44).

A experiência espanhola e a alemã nutrem a doutrina portuguesa favoravelmente à introdução em Portugal de uma medida de amparo junto do Tribunal Constitucional, aduzindo a existência de um desequilíbrio no sistema português de fiscalização da constitucionalidade, notadamente pelo défice de proteção a casos de lesão de direito e liberdade fundamentais (ALEXANDRINO, 2010, p. 1).

Resta aguardar a próxima revisão constitucional.

1. BREVE ESCORÇO SOBRE MODELO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM PORTUGAL

A Constituição da República Portuguesa (CRP) concebe um sistema misto de controle de constitucionalidade. Esse sistema contempla a fiscalização concreta da inconstitucionalidade (PORTUGAL, 1976), a qual é sempre sucessiva, bem como a fiscalização da inconstitucionalidade abstrata (PORTUGAL, 1976), em sua forma preventiva e sucessiva, e ainda a fiscalização da constitucionalidade por omissão (PORTUGAL, 1976).

O controle concreto ou difuso da constitucionalidade caracteriza-se pela aferição da lei com a Constituição diante de um caso concreto. A matéria constitucional a ser decidida será sempre incidental ao julgamento da causa deduzida em juízo pelas partes, demandando do julgador, singular ou colegiado, decisão a respeito da inconstitucionalidade ou não da norma a ser aplicada.

O controle abstrato ou concentrado da constitucionalidade evidencia-se pela verificação da compatibilidade da lei, em tese, frente à Constituição, tarefa atribuída exclusivamente ao Tribunal Constitucional (TC) (PORTUGAL, 1976).

No controle abstrato por ação o Tribunal Constitucional não aprecia a inconstitucionalidade como questão incidental, mas sim como objeto principal do processo, emitindo juízo de valor acerca da constitucionalidade formal e material de determinada norma jurídica em tese, resultando em uma decisão de efeito erga omnes, com força geral, obrigatória e vinculante para os órgãos do Poder Judiciário, bem como para os demais poderes constituídos.

Como dito antes, o controle concentrado da constitucionalidade também pode ser exercido preventivamente, com o objetivo de impedir que uma norma contrária a Constituição entre em vigor. Assim, antes da norma ser promulgada pelo Presidente da República, antes mesmo de produzir qualquer efeito jurídico poderá ser questionada preventivamente, por representação primeira do chefe do executivo (nº 1 do art. 278º) e concorrentemente pelos sujeitos constantes dos números sucessivos do referido artigo, sendo que a Constituição da República Portuguesa atribui competência exclusiva ao Tribunal Constitucional para exercer tal fiscalização.

Destaca-se que, embora o TC tenha competência exclusiva para a fiscalização abstrata preventiva, a pronúncia de inconstitucionalidade de uma norma por aquele tribunal, afastada pela Assembleia da República, poderá ser objeto de reapreciação em controle repressivo, dada sua natureza sucessiva, seja concreta ou abstrata. Assim, leciona J.J. Gomes Canotilho (2002, p. 1022), “o Tribunal Constitucional pode sempre vir a considerar, em controle sucessivo, de novo inconstitucionais, as normas já objeto de idêntica decisão em sede de controle prévio.”

Prosseguindo o nº 1 do art. 283º da CRP adota expressamente a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, compondo o sistema português de controle de constitucionalidade³.

Nas palavras de J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, “o princípio da constitucionalidade não diz respeito apenas às ações do Estado; abrange também as omissões ou inações do Estado. A Constituição não é somente um conjunto de normas proibitivas e de normas de organização e competência (limite negativo de atividade do Estado): é também um conjunto de normas positivas, que exigem do Estado e dos seus órgãos uma atividade, uma ação (limite positivo da atividade do Estado). O incumprimento dessas normas, por inércia do Estado, ou seja, por falta total de medidas (legislativas ou outras) ou pela sua ineficiência, deficiência ou inadequação, traduz-se igualmente numa infração da Constituição – inconstitucionalidade por omissão” (CANOTILHO, MOREIRA, 2014, p. 987).

A referida fiscalização tem por objeto verificar a ausência de medidas legislativas para tornar uma norma constitucional programática exequível e com eficácia plena.

Declarada a inconstitucionalidade da norma-preceito programática e comunicado ao legislativo competente, na sua inércia, não há como o Tribunal Constitucional adotar medida que supra a omissão. No dizer de Jorge Miranda “a verificação da inconstitucionalidade por omissão não cria qualquer obrigação jurídica para o órgão legislativo, apenas declara uma obrigação preexistente” (MIRANDA, 2001, p. 283).

3 A CRP, em seu art. 288º, I, dispõe sobre a fiscalização de constitucionalidade por ação ou por omissão de normas jurídicas, impondo limite à revisão constitucional, neste particular.

2. BREVE ESCORÇO SOBRE O MODELO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

À semelhança de Portugal, o Brasil também adotou o sistema misto de controle de constitucionalidade. Porém, diferentemente daquele, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) não atribui diretamente aos juizes e tribunais a competência para o controle concreto da constitucionalidade, mas de forma oblíqua, por meio do inciso XXXV, do art. 5º.⁴

Esse controle misto foi desenvolvido a partir de diferentes concepções filosóficas e diverso contexto histórico, destacando-se o seu sistema conforme expõe o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes: “O modelo brasileiro, sobre o qual nos cabe falar hoje, é um dos exemplos mais eminentes desse modelo misto. Se as influências do modelo difuso de origem norte-americana foram decisivas para a adoção inicial de um sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral, o desenvolvimento das instituições democráticas acabou resultando num peculiar sistema de jurisdição constitucional, cujo desenho e organização reúnem, de forma híbrida, características marcantes de ambos os clássicos modelos de controle de constitucionalidade.”

Nos países, como o Brasil, que adotam a rigidez constitucional há de se observar os procedimentos de garantia da supremacia constitucional no que tange à criação, edição e aplicação das normas legislativas e normativas. Ou seja, para que um ato jurídico tenha validade dentro desse sistema é imprescindível a sua concordância com a previsão constitucional.

Essa observação constituiu-se em um controle de constitucionalidade, que é a verificação da adequação de um ato jurídico à Constituição, podendo ocorrer de forma preventiva ou repressiva.

Ocorre preventivamente quando se busca impedir a entrada em vigor de ato inconstitucional. No Brasil pode se dar em duas hipóteses: na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) e por meio de veto jurídico do Presidente da República.

A primeira hipótese preventiva se dá no nascedouro da norma legislativa. À CCJ cumpre verificar a adequação desse projeto de lei ou de emenda à própria Constituição Federal, no que diz respeito aos aspectos formais do processo legislativo, ao seu conteúdo e a sua harmonia com o texto constitucional.

A segunda hipótese diz respeito à possibilidade que tem o Presidente da República de vetar o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional por entendê-lo inconstitucional, nos termos do art. 66, § 1º, da Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988).

O controle é considerado repressivo quando a verificação da constitucionalidade dos atos jurídicos é realizada por meio do Poder Judiciário, podendo ser difuso ou concentrado.

O modelo difuso se assemelha ao português, permitindo que qualquer juiz ou tribunal declare⁵ a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos independentemente

4 “A lei não poderá excluir da apreciação do poder Judiciário ameaça ou lesão de direito.”

5 Observado o princípio da reserva de plenário – CRFB art. 97.

do tipo de processo. Assim como o modelo norte-americano os juizes possuem um amplo poder para o controle da constitucionalidade dos atos do poder público.

No caso, a discussão de inconstitucionalidade se restringe ao caso concreto, a admissão da matéria arguida pode ser declarada por qualquer juiz, de qualquer instância judicial que se recusará a aplicar uma determinada norma por entendê-la em desacordo com a Constituição. Trata-se de decisão incidental cuja declaração antecede o exame do mérito, podendo ainda, via recursal, ser questionada na Suprema Corte.

Já o controle abstrato é concentrado no Supremo Tribunal Federal, o qual é competente para processar e julgar ações autônomas que se destinam exclusivamente a dirimir controvérsia constitucional.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, o modelo abstrato recebeu ênfase da Constituição de 1988, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato.

Por meio da via abstrata, em defesa da supremacia da Constituição Federal, podem ser instauradas ações diretas visando questionar constitucionalidade de atos normativos, exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal. Para esse fim prevê a legislação pátria a ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental e ação indireta de inconstitucionalidade interventiva (PAULO; ALEXANDRINO, 2016, p. 688).

Diferentemente do controle difuso os efeitos são *ex tunc*, *erga omnes* e vinculante para todo o Poder Judiciário bem como para os demais órgãos da Administração Pública direta e indireta, havendo possibilidade de modulação de efeitos nos casos em que a retroação da decisão resulte em violação severa da segurança jurídica ou de outro valor de excepcional interesse social.

3. MECANISMOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na realidade europeia para a proteção dos direitos fundamentais destacam-se o recurso de amparo e o recurso constitucional, mecanismos utilizados em diversos países, mas, sobretudo na Espanha e Alemanha.

O recurso de amparo constitucional que tem por destinatário os particulares lesados em seus direitos fundamentais possui natureza subsidiária e é exercido por meio de ação para os tribunais constitucionais, após esgotamento das vias ordinárias judiciais. Limita-se ao exame de eventuais violações de direitos constitucionais, não sendo um mecanismo ordinário de proteção dos direitos fundamentais, mas de natureza extraordinária.

Ao contrário de outros modelos do direito comparado, o sistema brasileiro não reserva a um único tipo de ação ou de recurso a função primordial de proteção de direitos fundamentais, estando a cargo desse mister, principalmente, as ações constitucionais do *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação civil pública e a ação popular.

O habeas corpus destina-se à proteção do direito à liberdade, preservando o direito de ir e vir; o habeas data visa assegurar o conhecimento de informações pessoais constantes de bancos de dados de entidades governamentais; o mandado de segurança é instrumento de proteção de direitos individuais ou líquido e certo contra ato ou omissão de autoridade pública não amparado por habeas corpus ou habeas data.

O mandado de injunção atua na ausência de norma regulamentadora que impeça o exercício de direitos ou liberdades constitucionais; a ação popular e a ação civil pública são instrumentos de proteção de interesses difusos e coletivos ou de Entidades de que o Estado participe, revelaram-se importantes meios de participação social na garantia de direitos e deveres fundamentais.

José de Melo Alexandrino, em estudo comparado com a Lei Fundamental da Alemanha, atesta que no ordenamento jurídico brasileiro, embora não exista um recurso específico como o recurso de amparo ou a queixa constitucional para a proteção de direitos fundamentais, “o Supremo Tribunal Federal declara como sua visão do futuro ser reconhecido como Corte Constitucional, referência na garantia dos direitos fundamentais, na moderação dos conflitos da Federação e na gestão administrativa” (ALEXANDRINO, 2010, p. 43).

Para aquele referido professor os remédios existentes no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não se equipararem ao recurso de amparo contemplam a proteção aos direitos fundamentais, em especial o habeas corpus, o mandado de segurança e mandado de injunção: ora para coibir a limitação do direito de ir e vir, ora para garantir por via de extensão toda sorte de ‘direitos líquidos e certos’, ora por via da “desvitalização dos efeitos da decisão” (ALEXANDRINO, 2010, p. 43).

Contudo, parte da doutrina portuguesa (ALEXANDRINO, 2010, p. 42) afirma que o Tribunal Constitucional Português não é um tribunal de direitos fundamentais. De competência restrita a apreciação da conformidade dos atos legislativos face à lei fundamental, não ampara a ofensa cometida pelos poderes públicos a bens e interesses jus fundamentais da pessoa humana.

Por outro lado, nota-se que a jurisprudência do Tribunal Constitucional busca vias de acesso pela construção de um conceito funcional da norma e a extensão do objeto de recurso a interpretações normativas e a normas virtuais (NOVAIS, 2006, p. 163).

4. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O RECURSO DE AMPARO

A abrangência do recurso de amparo talvez seja a sua característica mais notável, à medida que se presta a questionar qualquer atuação dos poderes públicos que possa lesionar direitos fundamentais.

Trata-se de ação autônoma e seu objeto pode coincidir total ou parcialmente com a pretensão deduzida perante os juízes e tribunais ordinários.

Seu caráter extraordinário não permite que se demande qualquer questão, mas somente àquelas ligadas à violação de direitos fundamentais.

Para que haja um pronunciamento do Tribunal Constitucional é necessário que a questão tenha sido discutida nas instâncias inferiores, abrindo, assim, uma via de acesso àquele tribunal. Dá-se a esse percurso o nome de subsidiariedade, característica própria do recurso de amparo.

5. O RECURSO CONSTITUCIONAL NA ALEMANHA

Na Alemanha, o recurso constitucional foi introduzido pela Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão, através dos artigos 90 e 96 e, posteriormente constitucionalizados.

Dispõe o art. 93, nº 1, al. 4b, da Constituição Federal Alemã que: (1) “O Tribunal Constitucional Federal decide: [...] 4b. sobre os recursos de inconstitucionalidade, que podem ser interpostos por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos artigos 20 §4, 33, 38, 101, 103 e 104. [...]”.

Concebido como mecanismo de garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos lesados por decisão administrativa, judicial ou ato normativo, o recurso constitucional, tem sua limitação no rol taxativo da Constituição Federal Alemã e nos direitos de natureza análoga aos direitos fundamentais com previsão no art. 90, nº 1, da Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

Procedimentalmente, o cidadão lesado em seu direito fundamental, deve apresentar por escrito, ao Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA), o seu recurso constitucional apontando o direito que, supostamente, teria sido violado e qual o ato ou omissão da autoridade pública que lesou a sua esfera jurídica subjetiva.

Registre-se, todavia, em observância ao princípio da subsidiariedade⁶, o manejo do recurso constitucional ao TCFA é franqueado somente quando esgotadas as vias judiciais existentes⁷, solicitando a tutela das decisões judiciais de última instância e com valor de caso julgado, revelando, assim, a natureza extraordinária do referido mecanismo.

O art. 34, nº 2 da Lei do TCFA prevê o pagamento de uma taxa se o recurso constitucional for utilizado de forma abusiva⁸.

O prazo para a propositura do recurso constitucional, em regra, é de um mês a contar da notificação da decisão, havendo diferença de prazo conforme a origem do ato atacado⁹.

6 Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão – Revista de Informação legislativa, v. 32, nº 127, art. 90, nºs 1 e 2: “(1) Qualquer pessoa pode propor o recurso constitucional no Tribunal Constitucional Federal com a alegação de estar sendo violada pelo Poder Público, em algum dos seus direitos fundamentais ou em algum dos seus direitos contidos no art. 20, alínea 4 art. 33, 38, 101, 103 e 104, da Lei Fundamental. (2) Se está proporcionada a via judicial contra a violação, o recurso constitucional, então, somente pode ser proposto após o esgotamento da via judicial. O Tribunal Constitucional Federal pode, todavia, decidir imediatamente, antes do esgotamento da via judicial, acerca de um recurso constitucional proposto, quando ele é de significado geral ou suceder ao promovente um prejuízo grave e inevitável, caso ele for remetido primeiro à via judicial”.

7 Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949 [em linha]. [Consult. 10 NOV. 2016], artigo 94, nº 2, da Constituição Federal Alemã: “(2) Uma lei federal regulará a sua organização e processo, determinando os casos em que as suas decisões terão força de lei. Poderá impor como condição para os recursos de inconstitucionalidade, que se tenha esgotado previamente as vias legais e prever um processo especial de adoção dos processos”.

8 Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão – Revista de Informação legislativa, v. 32, nº 127, art. 34, nº 2: “(2) O Tribunal Constitucional Federal pode impor uma taxa de até 2.600 (dois mil e seiscentos) Euro se a propositura do recurso constitucional ou do recurso consoante com o art. 41, alínea 2, da Lei Fundamental, apresenta um abuso, ou quando um pedido para a decretação de uma medida cautelar (§ 32) está proposta de modo abusivo.

9 Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão – Revista de Informação legislativa, v. 32, nº 127, artigo 93 “(1) O recurso constitucional deve ser proposto e deve ser fundamentado dentro de um mês. O prazo inicia com a notificação ou comunicação informal da decisão redigida em forma completa, quando ela, consoante às prescrições jurídico-processuais determinadoras, deve ser realizada de ofício. Nos outros casos o prazo

6. O RECURSO DE AMPARO NA ESPANHA

O recurso de amparo espanhol é uma garantia constitucional contra a violação ou lesão efetiva de direitos fundamentais e liberdades públicas.

O recurso de amparo foi positivado na Constituição Espanhola (CE) de 1978, através do art. 53, nº 2, permitindo a qualquer cidadão obter a tutela das liberdades e direitos que são enumerados de forma taxativa no artigo 14 e na 1ª seção do capítulo II, em procedimento sumário, perante os tribunais ordinários, ou através do recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional.

O art. 41, nº da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol (LOTCE) e o art. 53, nº 2, da CE, formam um sistema de proteção de direitos fundamentais, por meio de dois mecanismos, o amparo constitucional e o amparo judicial ou ordinário. Aquele interposto perante Tribunal Constitucional Espanhol (TCE) e este perante as diversas instâncias jurisdicionais ordinárias.

O amparo constitucional, na Espanha, visa à proteção de direitos e liberdades, em sede constitucional, quando as vias ordinárias de proteção não obtiverem êxito, sendo uma garantia subsidiária aos direitos fundamentais, na impossibilidade da jurisdição ordinária em conferir-lhes a proteção desejada, ou quando a justiça ordinária for a causadora da violação do direito fundamental por ação ou omissão.

Por ilação, o recurso de amparo, é mecanismo de salvaguarda de direitos e liberdades fundamentais de interesse individual, mas também de proteção da própria Constituição, através do Tribunal Constitucional, na qualidade de intérprete supremo dos preceitos constitucionais, vinculando todos os poderes públicos estatais as suas decisões.

Embora de índole eminentemente protetiva dos direitos fundamentais, pelo imposto no art. 41, nº 3 da LOTCE, não são todos os direitos que gozam de proteção por meio do recurso de amparo constitucional.

Dispõe o artigo 41, nº 3 da LOTCE que “através do amparo constitucional não se podem fazer valer outras pretensões que não sejam as dirigidas a restabelecer ou preservar os direitos ou liberdades em razão dos quais se formulou o recurso”¹⁰.

Os direitos fundamentais tutelados por meio do recurso de amparo estão previstos no art. 14, 1ª seção do capítulo II, da CE, sendo exemplos o direito à liberdade, à vida, integridade física e a honra, que gozam do mais alto grau de proteção jurídica.

Ficaram de fora dessa proteção os direitos sociais, afirmando Martinez

inicia com a proclamação da decisão ou, quando ela não deve ser proclamada, com a sua comunicação diversa ao promovente; se, nisso, não for dado ao promovente uma cópia da decisão em forma completa, o prazo da primeira frase, por meio disso, então, será interrompido a fim de que o promovente solicite, por escrito ou no protocolo da secretaria, a dação de uma decisão redigida em forma completa. A interrupção persiste até quando a decisão em forma completa for dada ao promovente pelo Tribunal Constitucional Federal ou lhe for remetida, de ofício ou por uma das partes no procedimento. (2) Se um promovente estava impedido, sem culpa, de observar esse prazo, deve ser-lhe concedido, a pedido, o restabelecimento. O pedido deve ser feito nas duas semanas seguintes à eliminação do obstáculo. Os fatos para a fundamentação do pedido devem ser demonstrados na propositura ou no procedimento referente ao pedido. O ato jurídico omitido deve ser reparado dentro do prazo da propositura; caso isso já tenha ocorrido, o restabelecimento também pode ser concedido sem pedido. Após um ano, a partir do fim do prazo inobservado, o pedido é inadmissível. A culpa do mandatário equipara-se à culpa de um promovente. (3) Se o recurso constitucional dirige-se contra uma lei ou contra um outro ato de poder público, contra o qual não há uma via judicial aberta, o recurso constitucional, então, somente pode ser proposto dentro de um ano, a partir da entrada em vigor da lei ou da promulgação do ato de poder público. (4) Se uma lei entrou em vigor antes do dia 1 de abril de 1951, o recurso constitucional, então, pode ser proposto até o dia 1 de abril de 1952.

10 Tradução livre do artigo 41, nº 3 da LOTCE.

Pardo que “nem todos os direitos públicos subjetivos podem-se fazer valer através do recurso de amparo, tão somente os pré-estabelecidos no art. 53.2, mencionados no art. 41.1 LOTCE, ficando fora da dita proteção jurisdicional os direitos sociais (arts. 30 e ss. CE)”¹¹.

Porém, a jurisprudência tem exercido papel importante na ampliação da interpretação dos direitos fundamentais, ampliando o rol dos direitos protegidos pelo recurso de amparo, pela aplicação do princípio da igualdade, acabando por inserir outros direitos fundamentais que escapam da proteção por via de amparo.

“A tramitação do recurso de amparo contém-se essencialmente nos artigos 48º a 58º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional supra, iniciando-se por pedido do interessado devidamente representado e assistido, devendo no seu requerimento indicar com clareza e concisão os elementos factuais e jurídicos que o motivam e fundamentam a sua pretensão. Deverá igualmente indicar os direitos fundamentais que na sua perspectiva foram violados, indicando com precisão o amparo que solicita” (ROSÁRIO, 2012, p. 57).

Deve ser destacado que, embora o amparo constitucional trate da proteção de direitos fundamentais, nem todas as pessoas naturais e jurídicas têm legitimidade postulatória.

São legitimados os cidadãos para pleitearem recurso de amparo, titulares de um direito tutelado por via do amparo, conforme prescrição da Constituição Espanhola nos artigos 53, nº 2 e 162, nº 1, al. b.

Da mesma forma as pessoas jurídicas são legitimadas ao manuseio de tal recurso. Concorrentemente, têm legitimidade os Defensores do Povo e o Ministério Público, sendo que este tem capacidade para intervir em todos os processos de amparo com o fim de defender a legalidade, os direitos dos cidadãos e o interesse público tutelado.

O queixoso tem o prazo de 20 (vinte dias) úteis para apresentar sua queixa, a contar da notificação da última resolução judicial recorrida, na forma do disposto no art. 44, nº 2 da LOTCE.

Os documentos necessários à interposição do amparo são enumerados no art. 49 da LOTCE, sendo o procedimento gratuito, cabendo ao Tribunal Constitucional impor custas ou sanções pecuniárias no caso de temeridade, má-fé ou abuso de direito na formulação do recurso.

7. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL KELSIANO

Em qualquer relatório acadêmico sobre controle de constitucionalidade devem ser trilhados os caminhos percorridos pelo jurista Hans Kelsen, considerando que o referido autor contribuiu sobremaneira para o desenvolvimento daquele controle. Suas argumentações resultaram na criação dos tribunais constitucionais, para efetiva avaliação de constitucionalidade de lei, dado que o legislador não pode estabelecer o controle sobre normas por ele produzidas.

A proposição de Kelsen quanto à criação de uma jurisdição constitucional,

11 Tradução livre do texto de Vicente José Martínez Pardo. El Recurso de Amparo Constitucional – Consideraciones Generales. Revista Internauta de Prática Jurídica. Valencia, nº 8, jul./dez. 2001. [Consult. 10 NOV. 2016]. Disponível em: <http://www.uv.es>.

em especial de um tribunal constitucional, parte do princípio de que ninguém deve ser juiz em causa própria, não se podendo confiar à invalidação de uma lei inconstitucional ao mesmo órgão que a elaborou.

Portanto, na visão do referido autor, compete à corte constitucional o controle concentrado de constitucionalidade, que em sua forma organizacional é composta por membros detentores de mandato, como prazo alargado.

O tribunal constitucional não julga nenhuma pretensão concreta, limita-se ao mero exame abstrato de compatibilidade lógica entre uma lei e a Constituição.

Não constrói um juízo lógico de aplicação da lei ou não ao caso concreto, numa atividade judicial que pressupõe uma decisão a respeito de uma questão controvertida.

Para Kelsen o tribunal constitucional é um legislador negativo, sustentando que uma lei com vício de nulidade, enquanto não for declarada inconstitucional pelo tribunal constitucional, presume-se válida, circunstância que veda aos juízes e tribunais ordinários deixar de aplicá-la.

Nesse sentido anota J. J. Gomes Canotilho (2002, p. 833-834) que, consoante a formulação kelseniana de jurisdição constitucional, o controle de constitucionalidade não é propriamente uma atividade de fiscalização judicial, mas uma função constitucional autônoma, que se pode caracterizar como função de legislação negativa.

O tribunal constitucional Kelsiano é, sobretudo, “um elemento do sistema de medidas técnicas que tem como fim assegurar o exercício regular das funções estatais” (KELSEN, 2007, p. 109).

8. OS ENCLAVES CEUTA E MELLILA

Especificamente sobre o Estado Espanhol, deve ser anotado que sua legislação é restritiva, no que diz respeito à limitação de entrada e permanência de estrangeiros em situação irregular.

Todavia, sob a influência do TEDH a jurisprudência espanhola tem se inclinado há uma interpretação mais ampla na garantia dos direitos dos imigrantes, especialmente o direito a vida familiar (MARTOS, 2016, p. 292).

Num primeiro momento a jurisprudência busca discutir a regulamentação das “devoluciones en caliente” ou a incorporação de um discricionário exame de conhecimentos constitucionais e socioculturais no procedimento de aquisição da nacionalidade por residência.

Numa segunda oportunidade destacam-se as decisões do Tribunal Supremo Espanhol anulando diversos dispositivos do regulamento dos centros de internação de estrangeiros por serem contrários ao direito a vida familiar ou ao direito a intimidade pessoal, garantido, por sua vez, o Tribunal Constitucional Espanhol o exercício de tais direitos, por vezes, por meio do manejo do recurso de amparo.

Os tratados internacionais em vigor na Espanha estão no ápice da hierarquia do seu sistema jurídico nos termos dos artigos 96.1 e 96.2 da Constituição de 1978 (TRIAS, 2015).

O Conselho de Estado, em seu parecer sobre o Projeto de alteração da Lei Orgânica dos Estrangeiros, transformado na LO 8/2000, pronunciou-se sobre o

impacto do direito internacional no direito interno, afirmando: as normas de direito internacional na Espanha desfrutam de uma força especial. Isto significa que a parte dogmática da Constituição se aplica aos estrangeiros na forma do disposto no artigo 13.1 da C.E., não esgotando seus direitos, uma vez que eles podem vir, por hipótese diretamente dos tratados, e que a regra proposta (referência ao Projeto de Lei 8/2000), é complementar e instrumental e não de substituição.

Certo é que o Estado espanhol ratificou diversos acordos internacionais que tornam impossível legitimar práticas manifestamente violadoras dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Vale lembrar o artigo 19.2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (LÓPEZ ESCUDERO Et al., 2008, p. 379) proclama o princípio de não repulsão, plenamente aplicável, sobretudo quando afastar, expulsar ou extraditar alguém para um Estado significa sujeitá-lo ao risco da pena de morte, tortura ou a outros tratamentos desumanos ou degradantes.

Em diversos acórdãos, o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal de Justiça, declararam a supremacia hierárquica dos tratados frente a legislação ordinária.

O Tribunal Constitucional Espanhol, entendendo violados os artigos 13.1 e 13.4 da C.E., com base no princípio da equiparação, reconhece aos estrangeiros o gozo dos direitos fundamentais e das liberdades públicas garantidas na constituição.

Situação problemática apresenta-se nos enclaves Ceuta e Mellila, pela entrada clandestina de refugiados da Síria, Iraque, Somália, Gaza ou República do Congo fugindo do conflito armado.

O desastre humano se intensifica a medida que a entrada clandestina pela fronteira com o Marrocos ocorre quando ultrapassadas duas cercas (“doble valla”) de seis metros de altura que separam milhares de imigrantes subsaarianos do sonho de sobrevivência.

As chamadas “devoluciones en caliente”, expulsões imediatas de imigrantes que ultrapassam as referidas cercas e ingressam em território espanhol, vêm sofrendo restrições do poder judiciário que determina a observância do devido processo de deportação para que aquelas ocorram.

Embora não tratando propriamente das “devoluciones en caliente”, decisão recente (10/03/2017) da Sala Segunda do Tribunal Constitucional Espanhol reafirma os direitos fundamentais dos estrangeiros na Espanha, de acordo com o Boletim Oficial del Estado (2017).

Trata-se do Recurso de Amparo nº 1920-2015, promovido por Luis Enrique Lamadriz Torres, cidadão estrangeiro, contra a sentença da Seção Primeira da Sala de Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Justiça da Comunidade Valenciana que confirmou, em apelação, a sentença do Julgado do Contencioso-Administrativo nº 2 de “Castellón”, que impôs ao requerente a sanção de expulsão do território espanhol, proibindo a sua entrada por um período de cinco anos.

Ficou estabelecido que a expulsão do território espanhol, no caso, viola direito fundamental através dos decretos judiciais impugnados, reconhecendo a nulidade destes e a retroação dos atos ao momento imediatamente anterior à publicação da sentença do Julgado do Contencioso-Administrativo número 2 de “Castellón”, para

que o referido órgão judicial editasse uma nova resolução respeitosa do direito fundamental do recorrente, valorando de maneira específica as concretas circunstâncias pessoais e familiares, e particularmente médicas, pelo recorrente alegadas.

9. O RECURSO DE AMPARO EM NÚMEROS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPANHOL

De acordo com os dados estatísticos anualmente publicados no site oficial da Corte, a atividade jurisdicional do Tribunal Constitucional Espanhol encontra-se consolidada a fim de oferecer informações aos interessados.

Abaixo, quadros comparativos ¹² constando informações acerca da origem dos recursos de amparo, tipos de partes recorrentes e os direitos fundamentais por estes invocados

a) Origem dos recursos de amparo

Procedência Parlamentar (art. 42 LOTC)	13
Procedência jurisdiccional	7.190
Civil	1.184
Penal	3.429
Penitenciário	169
Contencioso-administrativo	1.898
Social	409
Militar	33
Outros	68
Total:	7.203

b) Recorrentes que apresentaram recursos de amparo

Recorrente	Número de recursos
Particulares	6.196
Pessoas Jurídicas de Direito Privado	912
Entes Públicos	92
Defensor do Povo	1
Ministério Fiscal	2
Total	7.203

12 Estadísticas jurisdiccionales del Tribunal Constitucional Español. Tradução livre. [Consult. 10 MAR. 2017]. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/ESTADISTICAS-2015.pdf>

c) Direitos fundamentais invocados

Direito fundamental invocado	Total	Porcentagem
Igualdade (art. 14 CE)	992	13,77%
Tutela judicial (art. 24 CE)	5.416	75,19%
Outros direitos e liberdades:	1.851	25,69%
Vida e integridade (art. 15 CE)	171	2,37%
Liberdade ideológica e religiosa (art. 16 CE)	20	0,27%
Liberdade e seguridade (art. 17 CE)	332	4,61%
Honra, intimidade e imagem (art. 18 CE)	280	3,89%
Liberdade de residência e circulação (art. 19 CE)	20	0,27%
Liberdades de expressão (art. 20 CE)	44	0,61%
Reunião (art. 21 CE)	10	0,14%
Associação (art. 22 CE)	15	0,21%
Participação em assuntos públicos (art. 23 CE)	192	2,66%
Legalidade penal (art. 25 CE)	680	9,44%
Interdição dos tribunais de honra (art. 26 CE)	1	0,01%
Educação (art. 27 CE)	9	0,12%
Liberdade de sindicalizar e fazer greve (art. 28 CE)	65	0,90%
Petição (art. 29)	12	0,16%
Objecção de consciência (art. 30.2 CE)	-	-

10. AS TENTATIVAS DE INCLUSÃO DO RECURSO DE AMPARO NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

A Constituição Portuguesa prevê expressamente a revisão constitucional¹³ o que recentemente ocorreu nos anos de 1989, 1997, 2004 e 2005.

Naqueles anos tentou-se elevar a categoria constitucional uma ação direta de controle da constitucionalidade para defesa de direitos, garantias e liberdade fundamentais, todavia, com insucesso.

Na Revisão Constitucional de 1989, apesar de alterações importantes introduzidas, sobretudo no tocante ao sistema de justiça constitucional e o Tribunal Constitucional (MIRANDA, 2013), a materialização de uma ação direta e imediata de fiscalização da constitucionalidade para defesa de garantias, liberdades e direitos fundamentais não se concretizou, conforme o Projeto de Revisão Constitucional nº 2/V.

¹³ Artigo 284º, nºs 1 e 2.

Na Revisão Constitucional de 1997 buscou-se o aditamento do nº 5 ao art. 20º, que remetia à legislação infraconstitucional a criação de mecanismo de proteção às ameaças ou violações aos direitos, liberdades e garantias pessoais, de sugestão do eminente Professor Jorge Miranda, com a introdução de um recurso constitucional que se aproximava de um “recurso de amparo” ou de “uma ação de constitucional de defesa”, mas que, todavia, não foi aprovada, conforme o Projeto de Revisão Constitucional nº 2/VII.

A Revisão Constitucional de 2004 trouxe a discussão, novamente, à instituição de um recurso constitucional denominado de “Recurso de Amparo” que reconhecia o direito de defesa para o Tribunal Constitucional, dos atos ou omissões de natureza processual dos tribunais, que violassem direitos, liberdades ou garantias, desde que esgotados, previamente, as vias de recurso ordinário.

Não obstante as frustrações legislativas, parte da doutrina portuguesa ainda protesta pela necessidade de inclusão de um recurso constitucional de proteção aos direitos fundamentais, criticando a sua ausência, o que se observa nas considerações de José de Melo Alexandrino: “[...] na perspectiva da ciência do direito constitucional, a inexistência de um mecanismo de amparo constitucional tem um triplo efeito dogmático negativo: (1) por um lado, torna irrelevante a distinção básica entre norma, direito e posição, confundindo diversos planos (e, na realidade, anulando o plano do direito fundamental como situação compreensiva e o plano das diversas posições jus-fundamentais em que o direito fundamental normalmente se decompõe); (2) por outro lado, desvaloriza totalmente o plano absolutamente inafastável da violação (ou afetação ilegítima) do conteúdo de um direito fundamental ou de uma posição de direito fundamental; (3) por fim, raramente o Tribunal constitucional se ocupa com a tarefa, que a si deveria especialmente caber, de se debruçar sobre o âmbito de proteção de cada direito fundamental e sobre o tipo de afetações de que o mesmo é passível (é isso que na realidade fazem todas as jurisdições de amparo, sejam as internas ou internacionais, e é essa a debilidade dos sistemas desprovidos de amparo, perante a instância internacional)” (ALEXANDRINO, 2015, p. 23).

Note-se que a inclusão do recurso de amparo ao texto constitucional português, nas revisões citadas, passou pelo art. 20º, tendo Gomes Canotilho afirmado que “o direito a tutela jurisdicional efetiva consta da Constituição Portuguesa – artigo 20º, nºs 1 e 4 –, sendo após a revisão de 1997, a porta à introdução de processos específicos de defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, notadamente, o recurso de amparo” (CANOTILHO apud ROSÁRIO, 2012, p. 60).

11. CONSIDERAÇÕES E CRÍTICAS AO RECURSO DE AMPARO

Em que pese a sua importância na defesa da efetividade dos direitos fundamentais, críticas são aviadas contra o recurso de amparo, destacando-se o excessivo número de recursos apresentados anualmente perante o TCE e a invasão de competência da jurisdição ordinária por aquele tribunal.

Pablo Pérez Tremps (apud AMARAL, 2010) ressalta que existem insuficiências com relação ao referido instrumento jurídico, sendo sua configuração o problema principal.

Para o referido autor o amparo tem se transformado em trabalho excessivo

para o TCE [...] Além disso, o recurso de amparo tem causado problemas de articulação entre o próprio Tribunal Constitucional e os juízes e tribunais ordinários.

Continua afirmando que no silêncio do legislador o governo apresentou projeto de lei visando à modificação de alguns aspectos relacionados ao amparo, sendo uma das propostas de reforma, o aumento da subsidiariedade do amparo, fortalecendo o papel de juízes e tribunais ordinários na tarefa de garantir os direitos fundamentais.

Para solucionar o excesso de recursos de amparo Manuel Aragón Reyes (apud AMARAL, 2010) sugere a introdução do certiorari norte-americano, com as devidas adaptações, ante os poderes discricionários atribuídos ao Tribunal Constitucional quando a admissão de recursos de amparo.

A sugestão sofre críticas e até mesmo o citado autor não acredita ser algo positivo a certiorari norte-americano, na medida em que o Tribunal Constitucional deve ser qualificado como tribunal cidadão.

Para os supracitados autores o amparo na Espanha parece estar tendo problemas práticos graves, demandando soluções alternativas como forma de atenuar tais dificuldades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no aqui exposto pode-se concluir que, após análise de determinadas constituições europeias, em Portugal inexistente um mecanismo, de lege ferenda, do tipo do recurso constitucional alemão (ou queixa constitucional) ou do recurso de amparo constitucional espanhol, mas há um sistema de controle normativo de fiscalização concreta que, efetivamente, desempenha função análoga à do recurso de amparo espanhol.

Não se olvida que o recurso de constitucionalidade português, junto ao Tribunal Constitucional, tenha limitação quanto ao seu manejo contra a violação de direitos fundamentais por meio de normas jurídicas ou atos normativos públicos, porém seu escopo é alargado no que diz respeito à interpretação daquelas quando aplicadas a casos concretos.

Porém, a comunidade doutrinária portuguesa anseia pela criação de instituto amparo constitucional, ainda que com feição minimalista, para que o cidadão possa reclamar perante o Tribunal Constitucional a violação de seus direitos fundamentais pelo poder público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, José de Melo – **Direitos Fundamentais – Introdução Geral**, Estoril: Principia. 2015. ISBN 9789897160325. 176 págs.

ALEXANDRINO, José de Melo – Sim ou não ao recurso de amparo? **Revista Julgar**, nº 11, (2010). [Em linha]. [Consult. 10 NOV. 2016].

AMARAL, Karina Almeida do – **Algumas Considerações sobre o Recurso de Amparo**. 2010. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Dissertação de Mestrado. [Em linha]. [Consult. 16 NOV. 2016]. Disponível em:

http://www.verbojuridico.net/doutrina/2010/karinaamaral_recursoamparo.pdf

BOLETÍN Oficial del Estado. Publicação de 10/03/2017. Sección del Tribunal Constitucional. [Consult. 13 MAR. 2017]. Disponível em: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-2615

CANOTILHO, Gomes J.J. – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 9724018067. 1505 págs.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa Anotada Volume II.** Reimp. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 9789723222876. 1088 págs.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 [em linha]. [Consult. 17 NOV. 2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilada.htm.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976 [em linha]. [Consult. 10 NOV. 2016]. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>

COSTA, José Manuel M. Cardoso da – **A Jurisdição Constitucional em Portugal.** 3ª ed. Coimbra: Almedina. 2007. ISBN 9789724032535. 120 págs.

ESTADÍSTICAS JURISDICCIONALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Tradução livre. [Consult. 10 MAR. 2017]. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/ESTADISTICAS-2015.pdf>

IV CONFERÊNCIA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL IBERO-AMÉRICA – Modelos de Justiça Constitucional. Relatório do Tribunal Constitucional Português, Sevilha, 2005.

KELSEN, Hans – **Jurisdição Constitucional.** 2ª ed. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007. ISBN 9788533623934. pág. 109.

LEI DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO – Revista de Informação legislativa, v. 32, nº 127. p. 241 – 258, jul./set. 1995. [Consult. 10 NOV. 2016]. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176367>

LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA, de 23 de maio de 1949 [em linha]. [Consult. 10 NOV. 2016]. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>

LEI ORGÂNICA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPANHOL, de 03 de Outubro de 1979 [em linha]. [Consult. 10 NOV. 2016]. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/LOTG-PT.PDF>

LÓPEZ ESCUDERO, Manuel [et al.] - **Carta de los derechos fundamentales de la**

Unión Europea: comentario artículo por artículo. 1ª ed. Bilbao: Fundación BBVA, 2008. ISBN 9788496515802. 931 págs.

MARTINEZ PARDO, Vicente José. El Recurso de Amparo Constitucional – Consideraciones Generales. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**. Valencia, nº 8, jul./dez. 2001. [Consult. 10 NOV. 2016]. Disponível em: <http://www.uv.es>. Tradução livre.

MARTOS, José Antonio Montilla [et al.]. **Legislación, jurisprudência y derechos de los inmigrantes**. Anuario CIDOB de la Inmigración 2015-2016. ISSN 24626732. 293 págs.

MENDES, Gilmar – **O Controle de Constitucionalidade no Brasil**. [Em linha]. [Consult. 16 NOV. 2016]. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf

MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. ISBN 9723210495. 306 págs.

NOVAIS, Jorge Reis – **Em Defesa do Recurso de Amparo Constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade)**. (2005), in *Direitos Fundamentais*: Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 9789723214451. 285 págs.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo – **Direito Constitucional Descomplicado**. 15ª Ed. São Paulo: Método, 2016. ISBN 9788530968205. 982 págs.

PROJETO de Revisão Constitucional nº 2. [em linha]. [Consult. 30 NOV. 2016]. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148>

Artigo recebido em: 26/09/2017

Artigo aceito em: 05/10/2017

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES

NORMAS DE SUBMISSÃO

Os textos devem ser submetidos gratuitamente na página eletrônica da Revista após o cadastro como “AUTOR” (<http://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/user/register>) seguindo-se os passos de submissão. Em caso de dificuldades, enviar e-mail para: foz.revistadireito@unioeste.br.

A Revista Direito Sem Fronteiras não cobra taxas de submissão de artigo ou taxas de processamento de artigo.

A Revista Direito Sem Fronteiras Direito publica artigos originais de pesquisadores Doutores ou Doutores acompanhados de coautor com titulação mínima de bacharel, das áreas de Direito Ambiental; Direito e Sustentabilidade; Direito Constitucional; Direito e Democracia; Direito Econômico; Direito Internacional; Direito e Transnacionalidade; que pesquisam temas na perspectiva dos descritos na revista.

Traduções somente serão aceitas caso o texto seja inédito no Brasil e o tradutor se assegure como coautor do texto.

PROCESSO DE AVALIAÇÃO

Os artigos submetidos pelo site da Revista passarão por duas fases de avaliação: a primeira fase será realizada pela Equipe Editorial e se destina à verificação do cumprimento das Diretrizes para Autores disponíveis no site da Revista; em caso de aprovação na primeira fase, o artigo será encaminhado para a avaliação cega por pares, sendo essa avaliação a segunda fase.

Na segunda fase – avaliação cega por pares – o artigo poderá ser aprovado, aprovado com correções obrigatórias ou rejeitado.

Em todos os casos a decisão editorial e as avaliações serão enviadas por email ao autor – em caso de coautoria, ao coautor que se cadastrou na submissão como contato principal. No caso de aprovação com correções obrigatórias, o autor terá 5 dias úteis para enviar pelo sistema da Revista a versão corrigida do artigo, que passará por conferência da Equipe Editorial.

DETECÇÃO DE PLÁGIO

Todos os artigos submetidos à Revista serão previamente analisados por detectores eletrônicos de plágio. Os artigos reprovados pelo detector serão minuciosamente analisados pela Equipe Editorial e, quando for o caso, a Equipe solicitará informações adicionais ao autor. Caso o plágio seja confirmado pela Equipe Editorial da Revista, o artigo será sumariamente rejeitado.

PREENCHIMENTO DOS METADADOS DA SUBMISSÃO

O nome completo, endereço de email, a afiliação e o resumo da biografia a de todos os autores do artigo deverão ser informados com a grafia correta na inserção de metadados durante o processo de submissão.

A afiliação é o vínculo atual do autor, devendo-se informar o nome completo e a sigla da instituição, bem como cidade, estado e país desta.

No campo “Resumo da Biografia” de cada autor, deve-se informar a titulação em ordem decrescente e a respectiva instituição de obtenção, indicando ainda a sigla da instituição entre parênteses. Após, deve-se informar a afiliação.

Ex.: Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE), Foz do Iguaçu-PR, Brasil. Professor da graduação em Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE), Foz do Iguaçu-PR, Brasil. Não é permitido mencionar publicações do autor no “Resumo da Biografia”.

Ao final do “Resumo da Biografia”, deve-se fornecer o link para o currículo Lattes de cada autor.

Caso os metadados não sejam preenchidos corretamente, o autor será notificado para corrigi-los em 02 dias úteis, sob pena de rejeição do artigo.

Solicita-se que, antes de transferir o trabalho, sejam retirados do texto os dados de identificação do(s) autor(es), bem como sejam apagadas as identificações em “Arquivo/Propriedades/Resumo” do Word, de forma que a avaliação seja cega (sistema de duplo cego ou *Double Blind Peer Review*).

PESQUISAS FINANCIADAS

Artigos resultantes de pesquisas financiadas por órgãos de fomento devem ser devidamente identificados por nota de rodapé inserida no título do artigo, especificando-se o órgão de fomento e o edital.

PRIORIDADE DE PUBLICAÇÃO

Os seguintes artigos terão prioridade de publicação:

- Artigos resultantes de pesquisas financiadas por órgãos de fomento,
- Artigos escritos em coautoria com professor vinculado a IES estrangeira.
- Artigos escritos em coautoria com professor permanente de Programa de IES de diferente unidade da federação.

OBSERVÂNCIA DAS DIRETRIZES PARA AUTORES

O Conselho Editorial e a Equipe Editorial reservam-se o direito, em pré-avaliação ou pós-avaliação, de apontar correções e complementações necessárias nos trabalhos recebidos, devolvendo-os aos autores para sua devida adequação às normas da Revista. Depois do *check list*, da pré-avaliação da Equipe Editorial, se aprovados, os textos seguem para avaliadores externos.

Todos os textos avaliados que tiverem indicação de correções obrigatórias, apontadas em parecer e/ou comentários, deverão ser revistos pelos autores e devolvidos para nova avaliação pela Equipe Editorial em um prazo de 05 (cinco) dias úteis.

APRESENTAÇÃO GRÁFICA DOS TEXTOS

Os textos devem ser submetidos em formato Word, tamanho A4, orientação “retrato”, fonte 12, Times New Roman, em espaço 1,5 com as seguintes margens: superior e esquerda de 3,0cm e direita e inferior de 2,0cm.

A primeira linha de cada parágrafo deve ter espaço de 1,5cm em relação à margem esquerda.

As citações com mais de 03 linhas devem ter recuo em 4,0cm, fonte 10, espaço entre linhas simples.

Na editoração os textos receberão diagramação no padrão gráfico da Revista. Tabelas, formulários, gráficos e desenhos não podem ocupar mais de 25% do total do texto, devendo ser numerados com algarismos arábicos e referenciados conforme as regras da ABNT.

Os artigos deverão ter o mínimo de 15 e o máximo de 25 laudas (aproximadamente entre 40.000 e 60.000 caracteres com espaços). Textos maiores poderão ser autorizados, a partir da avaliação da Comissão Editorial, e o registro dessa solicitação deverá ser feito como observação na submissão.

Todos os textos devem ser postados corrigidos. A Revista Direito Sem Fronteiras se reserva o direito de efetuar nos textos originalmente enviados alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical para manter o padrão culto da língua sem, entretanto, interferir no estilo dos autores.

UTILIZAÇÃO DE IMAGENS EM ARTIGOS

As imagens utilizadas nos artigos deverão ser inseridas no corpo do texto e também submetidas individualmente como “Documentos Suplementares” no processo de submissão.

O formato para submissão como documento suplementar deverá ser “.jpeg” e a imagem deverá ter alta resolução. Além da imagem, o autor deverá enviar por meio dos “Documentos Suplementares” a autorização de uso daquela.

No caso de imagens sem a resolução exigida, o autor será notificado para fornecer nova imagem em 02 dias úteis. Se a nova imagem não for fornecida e a ausência desta prejudicar o conteúdo do texto, o artigo será rejeitado pelo Conselho Editorial e/ou pela Equipe Editorial.

Caso a autorização de uso não seja enviada por meio dos documentos suplementares, o autor será notificado para fornecer a autorização em 02 dias úteis. Se a autorização não for fornecida e a ausência da imagem prejudicar o conteúdo do texto, o artigo será rejeitado pelo Conselho Editorial e/ou pela Equipe Editorial.

EXIGÊNCIAS PARA OS ARTIGOS

Autor: o autor deverá possuir a titulação de Mestre ou Doutor.

Coautoria: O artigo poderá ter no máximo três coautores, sendo que um deles deverá possuir a titulação de Mestre ou Doutor. Os demais coautores devem ter a titulação mínima de bacharel.

Título: o título deverá conter no máximo 8 palavras e ser apresentado em português/inglês. Para artigos em espanhol, o título deverá ser apresentado em espanhol/inglês. Não serão aceitas “traduções automáticas” da web. Caso seja constatada a inexactidão da tradução, o texto será devolvido ao autor para correção em 03 dias úteis, sob pena de rejeição.

Formatação de títulos e subtítulos: título do artigo (centralizado, caixa alta, negrito); título em inglês (centralizado, caixa alta, itálico, negrito); 1 seção primária (alinhada à esquerda, caixa alta, negrito); 1.1 seção secundária (alinhada à esquerda, caixa baixa, negrito); 1.1.1 seção terciária (alinhada à esquerda, caixa baixa, itálico); 1.1.1.1 seção quaternária (alinhada à esquerda, caixa baixa, itálico, negrito); 1.1.1.1.1 seção quinária (alinhada à esquerda, caixa baixa, sem negrito, sem itálico).

Resumo: os artigos devem vir acompanhados de um resumo bilingue (português/inglês ou espanhol/inglês), de mesmo teor, apresentando com clareza e concisão: o tema do trabalho; os objetivos; a metodologia utilizada; as conclusões. Exige-se que o resumo tenha necessariamente entre 150 e 200 palavras. Não serão aceitas “traduções automáticas” da web. Caso seja constatada a inexatidão da tradução, o texto será devolvido ao autor para correção em 03 dias úteis, sob pena de rejeição.

Palavras-chave: em número mínimo de 03 e máximo de 05 palavras e separadas por ponto e vírgula, indicam o conteúdo do artigo e devem ser escolhidas, preferencialmente, em catálogo de vocabulário controlado, se houver tesouro na área do tema. As palavras-chave devem ser apresentadas em português/inglês. Para os textos em espanhol, as palavras-chave devem ser apresentadas em espanhol/inglês. Não serão aceitas “traduções automáticas” da web. Caso seja constatada a inexatidão da tradução, o texto será devolvido ao autor para correção em 03 dias úteis, sob pena de rejeição.

Estrutura dos artigos: os artigos devem respeitar a seguinte sequência: título; título traduzido para inglês; resumo; palavras-chave; abstract; keywords; introdução; texto com subtítulos e notas de rodapé; conclusão e referências.

Observações: não utilizar tradução automática da Web para título, resumo e palavras-chave. Caso seja constatada a inexatidão da tradução, o texto será devolvido ao autor para correção em 03 dias úteis, sob pena de rejeição; não numerar a introdução, a conclusão e as referências. Os demais títulos devem utilizar numeração sequencial em algarismos indo-arábicos; as notas de rodapé servem apenas para notas explicativas sucintas e não se destinam à apresentação de referências. As notas de rodapé devem utilizar numeração sequencial em algarismos indo-arábicos; todas as referências no corpo do texto devem adotar o sistema autor-data da ABNT. Ex.: (FIORILLO, 2013, p. 25).

Referências: as referências devem ser dispostas em ordem alfabética pelo SOBRENOME do primeiro autor, no nal do artigo e seguir as normas da ABNT. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido mencionados no texto são da responsabilidade dos autores.

As obras utilizadas para a elaboração do trabalho devem ser nacionais e estrangeiras, representativas na temática escolhida e atualizadas. A ausência de obras estrangeiras, a desatualização e a não-representatividade das obras utilizadas poderão ensejar a rejeição do artigo por decisão dos avaliadores e/ou da Equipe Editorial.

DIREITO DE RECURSO DAS DECISÕES EDITORIAIS

Aos autores fica assegurado o direito de recurso de todas as decisões editoriais. O recurso deverá ser enviado para o e-mail da Revista com a identificação completa do artigo (número da submissão e título completo) e dos autores, fundamentação recursal e demais documentos pertinentes.

A decisão do recurso será encaminhada ao recorrente em até 7 (sete) dias úteis.

Dúvidas e contato podem ser realizados por meio do e-mail: foz.revistadireito@unioeste.br ou pelo telefone (45) 3576-8106.